UNIVERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE

DU

FONDS DE COMMERCE

ENVISAGÉ COMME MOYEN DE CRÉDIT

Examen des différentes sûretés qui peuvent être consenties
sur le Fonds de Commerce
dans l'état actuel de notre législation
et en particulier étude du **" Gage sans déplacement "**
validé par les lois du 1er Mars 1898
et du 17 Mars 1909.

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT POUR LE DOCTORAT
SCIENCES JURIDIQUES

PAR

ANDRÉ HANUS

Avocat à la Cour d'Appel, Lauréat de la Faculté de Droit de Nancy

Soutenue le Mercredi 22 Décembre 1920, à 16 heures et demie
devant le Jury d'examen

EXAMINATEURS DE LA THÈSE :	MM. GÉNY, *Doyen de la Faculté de Droit* . .	*Président.*
	MOREL, *Professeur*	*Suffragant.*
	HENRY, *agrégé*	*Suffragant.*

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547202_0041

UNIVERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE

DU

FONDS DE COMMERCE

ENVISAGÉ COMME MOYEN DE CRÉDIT

Examen des différentes sûretés qui peuvent être consenties
sur le Fonds de Commerce
dans l'état actuel de notre législation
et en particulier étude du " **Gage sans déplacement** "
validé par les lois du 1er Mars 1898
et du 17 Mars 1909.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT POUR LE DOCTORAT
SCIENCES JURIDIQUES

PAR

ANDRÉ HANUS

Avocat à la Cour d'Appel, Lauréat de la Faculté de Droit de Nancy

Soutenue le Mercredi 22 Décembre 1920, à 16 heures et demie
devant le Jury d'examen

EXAMINATEURS DE LA THÈSE :	MM. GÉNY, *Doyen de la Faculté de Droit.* .	*Président.*
	MOREL, *Professeur*	*Suffragant.*
	HENRY, *agrégé*	*Suffragant.*

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. Gény (✠ I).

Doyen et professeur honoraire : M. Binet (✲, ✠ I).

Professeurs honoraires : MM. May (✲, ✠ I) et Garnier (✠ I).

MM. Chrétien (✠ I), professeur de Droit international public et privé.

Gény (✠ I), professeur de Droit civil.

Michon (✠ I), professeur de Droit romain.

Brocard (✠ I), professeur d'Économie politique et d'Histoire des Doctrines économiques.

Rolland (✠ I), professeur de Droit administratif, chargé de cours près la Faculté de Droit de Paris.

Senn (✠ I), professeur de Droit romain.

Morel (✠ A), professeur de Droit civil.

Renard (✠ I), agrégé chargé des cours de Droit administratif et d'éléments de Droit public (capacité).

Henry, agrégé chargé des cours de Procédure civile et de Droit criminel.

Lavergne, agrégé chargé des cours d'Économie politique (1re année) et de Législation financière.

Krœll, agrégé chargé des cours d'Histoire du Droit (1re année) et d'Histoire du Droit français (doctorat).

Solus, agrégé chargé des cours de Droit commercial.

Simonnet (✠ I), docteur en Droit, chargé des cours de Droit civil (1re année) et de Droit civil (capacité).

Melin (✠ I), docteur en Droit, chargé du cours de Science sociale.

Bertrand (✠ I), secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

1. Le présent travail n'a pas pour but l'étude du fonds de commerce en général, ce sujet aurait été trop vaste et nous aurait interdit, par suite, l'examen approfondi de certaines questions de détail qui sont presque toujours des questions éminemment pratiques.

Nous avons donc résolu de limiter nos recherches et d'étudier simplement le fonds de commerce comme moyen de crédit, d'analyser les différentes sûretés qui peuvent être constituées sur le fonds en vue de garantir une créance quelconque commerciale ou civile, et d'étudier principalement la sûreté instituée par les lois du 1er mars 1898 et du 17 mars 1909, sûreté éminemment pratique qui est, à vrai dire, la seule qui soit utilisée aujourd'hui.

2. On sait que les fonds de commerce constituent un élément important de la fortune publique de la France; lors de la séance du 16 mai 1907 (*J. O.*, 1907, 17 mai), M. Cordelet affirmait au Sénat que leur valeur pouvait être estimée à quatre milliards environ; il est légitime que cette immense valeur puisse être utilisée comme moyen de crédit, et, de fait, les gages sur fonds de commerce sont très fréquemment consentis.

En 1910, par exemple, 2.258 gages ont été consentis suivant la forme de la loi de 1909, dans le ressort du tribunal de commerce de la Seine, garantissant un capital de 36.917.208 francs.

En 1911, toujours dans le même ressort, on avait publié 2.762 gages, garantissant 58.649.426 francs.

En 1912, 3.418 gages, garantissant 54.463.006 francs.

En 1913, 3.425 gages, garantissant 55.493.484 francs.

Dans notre région, le gage du fonds de commerce n'est pas moins utilisé que dans le département de la Seine.

En 1910, il a été régulièrement consenti, dans le ressort du tribunal de commerce de Nancy, 366 gages sur fonds de commerce, il en fut consenti 229 en 1911, 241 en 1912, 203 en 1913. Certes, pendant la durée des hostilités, par suite de la stagnation des affaires, le nombre des nantissements diminua sensiblement, mais aujourd'hui les commerçants font plus que jamais appel au crédit, et du 1er janvier 1920 au 24 juillet dernier on comptait déjà, sur le registre du tribunal de commerce de Nancy, 196 nantissements, soit presque autant que durant l'année 1913 tout entière.

3. Nous avons donc devant les yeux, dans le gage du fonds de commerce, une institution bien vivante et déjà fort développée et cependant, chose curieuse, au point de vue juridique, la notion du gage du fonds de commerce est restée fort obscure, car aucun principe général ne guide, en cette matière, l'interprète. Le législateur n'a réglementé que fort tard cette institution, et il l'a réglementée dans une loi dénuée de conception générale, s'attachant à révéler des détails sans intérêt juridique, laissant, par contre, volontairement dans l'ombre, tout ce qui pouvait ressembler à l'exposé d'un principe.

C'est donc à la doctrine qu'incombe la tâche de bâtir la théorie qui devra guider la pratique, ce sera précisément l'objet principal du présent travail, que nous diviserons en trois parties :

PREMIÈRE PARTIE. — **Préliminaires.** Pages.

Introduction. — Notions générales sur le fonds de commerce. — Le fonds de commerce dans l'histoire 9

Chapitre premier. — Nature juridique du fonds de commerce 14

Chapitre II. — Les différentes formes techniques susceptibles d'être employées pour utiliser le fonds de commerce comme moyen de crédit 19

Chapitre III. — Les différentes formes de sûreté qui peuvent être constituées sur le fonds 31

DEUXIÈME PARTIE. — **Étude de la forme adoptée par la loi de 1909.**

TITRE I. — Constitution du gage.

Introduction. — Généralités sur le droit du créancier gagiste et sur le contrat de gage 51

Chapitre premier. — Condition de validité du contrat en la personne du constituant et du créancier 54

Chapitre II. — Objet du contrat 65

Chapitre III. — Conditions de formes et conditions mixtes 98

TITRE II — Effets du nantissement.

Introduction 101

Chapitre premier. — Droit de suite 103

Chapitre II. — Droit de préférence 127

Chapitre III. — Mode, portée, durée des inscriptions 186

TITRE III — Extinction et transmission.

Chapitre premier. — Extinction 206

Chapitre II. — Transmission 218

APPENDICE.

I — Etude des dispositions transitoires 225

II. — La législation de guerre et le gage du fonds de commerce 228

III. — Réglementation fiscale 232

IV. — Question de l'application de la loi de 1909 à l'Alsace-Lorraine . 234

TROISIÈME PARTIE. — **Étude sommaire des autres formes techniques et conclusion** 241

PREMIÈRE PARTIE

Préliminaires.

INTRODUCTION

Notions générales sur le fonds de commerce. Le fonds de commerce dans l'histoire.

I. — Notions générales sur le fonds de commerce.

Si nous passons sous silence la loi du 28 février 1872 (1), loi qui ne fait mention du fonds de commerce qu'à un point de vue strictement fiscal, nous pouvons dire que jusqu'en 1898 le législateur a ignoré le fonds de commerce ou tout au moins a totalement négligé de réglementer spécialement les différentes opérations dont il pouvait être l'objet. Le 1er mars 1898, pour la première fois une loi civile mentionna le fonds de commerce à propos du gage ; mais semblant admettre que ces termes désignaient une valeur patrimoniale nettement déterminée et parfaitement connue, le législateur omit complètement de définir ce qu'il entendait par là. Onze ans plus tard, le 17 mars 1909, une loi nouvelle, extrêmement détaillée, règlementa avec précision la vente et le gage du fonds, mais encore une fois le législateur oublia de définir ce qu'il entendait par fonds de commerce, quelle était sa nature juridique, et ce n'est qu'incidemment qu'il énuméra dans ce texte les différents biens corporels et incorporels dont la réunion constituait le fonds, en vue de permettre au négociant l'exercice fructueux de son commerce.

La notion du fonds de commerce, notion abstraite et complexe, constitue donc une notion coutumière. Pour la dégager,

---

(1) La loi du 28 février 1872 soumet à l'enregistrement « les mutations de propriété à titre onéreux des fonds de commerce » (art. 7).

l'interprète s'aidant à l'étymologie, doit s'inspirer surtout de la pratique des affaires et de la tradition historique, tout en contrôlant et limitant la conception expérimentale obtenue par les solutions précises données accessoirement par le législateur.

Ainsi que le fait remarquer M. Bouvier-Bangillon dans son *Commentaire de la loi du 17 mars 1909* (page 4) : « Lorsqu'on embrasse les différentes acceptions d'un mot, le plus souvent il s'en dégage, dans leur ensemble, une notion commune qui les domine et les rattache les unes aux autres ; cette notion n'est pas abstraite et arbitraire, elle a existé réellement dans l'esprit du peuple..... » Or, quand on parle de « fonds », il vient immédiatement à l'esprit l'idée d'une surface plane sur laquelle on bâtit, sur laquelle on s'appuie ; le fonds est en général une base, un appui ; cette notion de base et d'appui se trouve dans l'expression « fonds de commerce », application par analogie au mot « fonds » ; le fonds de commerce est un bien qui sert de base et d'appui au commerce, c'est le support du commerce, c'est l'ensemble de tous les biens qui permettent au commerçant d'accomplir son négoce (1).

6. Quels sont ces biens qui permettent l'exercice d'un commerce ? L'économiste répondrait à notre question que ces biens varient suivant la nature des commerces exploités, les biens nécessaires à l'exploitation d'une banque ne se retrouvent pas tous quand il s'agit de l'exploitation d'un manège forain, de même le fonds de commerce d'un courtier en marchandises ne comprend pas les mêmes biens que le fonds d'un fabricant ou d'un marchand au détail.

En général, commercer c'est acheter des marchandises pour les revendre avec bénéfice, après ou sans transformation, donc les marchandises constitueront un bien permettant au commerçant d'accomplir son négoce ; elles constitueront par suite un élément du fonds de commerce.

(1 M. Gombeaux, dans son étude sur la *Notion juridique du fonds de commerce* (thèse, Caen, 1901) donne, page 163, une autre étymologie du mot fonds. Selon lui, fonds dériverait du mot arabe fondoucq = bazar, les mots fondie, fondique, fundaco désignant, au moyen âge, les magasins collectifs dont les marchands usaient dans les foires et villes d'Orient laisseraient suffisamment prévoir l'origine étymologique du mot fonds, qui en serait le dérivé.

Nous ne voulons pas discuter ce problème de linguistique, mais il nous semble cependant que faire dériver le mot fonds de l'arabe est aller chercher bien loin la clef d'un problème très facilement soluble si l'on s'en tient, comme M. Bouvier-Bangillon, aux seules ressources de l'étymologie française.

Mais le commerce, généralement encore, ne peut s'effectuer sans une installation spéciale, un matériel permettant la transformation des matières premières, un mobilier, un outillage ; matériel mobilier, outillage seront eux-mêmes des éléments du fonds. En outre, pour abriter les marchandises, les machines, l'outillage, le matériel, il faut un local ; logiquement, on devrait donc conclure que le droit à l'occupation du local comptera toujours lui-même parmi les éléments du fonds, que le local soit simplement loué ou qu'il soit la propriété du détenteur du fonds. Cependant, ni la coutume, ni la loi qui la consacre, n'admettent sans réserve cette conséquence rationnelle ; le fonds de commerce, bien mobilier, ainsi que nous le verrons plus loin, ne doit jamais compter parmi ses éléments un droit immobilier, par suite, le droit de la propriété d'un immeuble ne sera jamais un élément du fonds; *res mobilis res vilis*, dit un axiome ancien, ou ne peut faire perdre à un droit immobilier le bénéfice de la législation spéciale qui le régit pour l'incorporer dans un droit mobilier mal protégé par la loi ; donc, si le droit au bail de l'immeuble, droit mobilier, comptera toujours parmi les éléments du fonds, le droit de propriété de l'immeuble n'y sera jamais compris.

Ainsi nous trouvons déjà parmi les éléments du fonds de commerce, les marchandises, le mobilier, l'outillage, le matériel, le droit du bail ; mais il est certain que ces différents biens ne sont pas les seuls biens qui puissent permettre l'exploitation d'un commerce. Pour qu'un commerçant exerce son négoce, il faut qu'il trouve des acheteurs ; il faut qu'il possède des clients à qui il pourra vendre ce qu'il fabrique ou ce qu'il détient. La clientèle, voilà encore un autre élément du fonds de commerce, un élément qui constitue à vrai dire son principal support. Or, la clientèle d'une maison de commerce a deux sources différentes qui peuvent d'ailleurs cumuler leurs effets et se combiner l'une l'autre. D'une part, elle peut naître du zèle, de la loyauté, de l'activité, de la complaisance, de l'habileté professionnelle du détenteur du fonds et se rattache alors à une notion de confiance, de crédit, c'est la *Personal Good will* des Anglais, la clientèle personnelle ; elle peut naître d'autre part de la situation géographique du fonds dans la ville où il est situé (proximité d'une gare, d'une usine, d'une caserne pour un fonds de café-restaurant, par exemple) ; c'est

alors la *Local Good will*, la clientèle de l'immeuble, le pas de porte.

A première vue, il semblerait que seul le *Local Good will*, attaché au droit à l'occupation de l'immeuble, au droit du bail, puisse se transmettre avec les fonds, et constituer ainsi une valeur patrimoniale pouvant compter parmi les éléments de celui-ci la *Personal Good will*, au contraire, attachée à un homme, paraît devoir disparaître avec lui lors du transfert des fonds, il n'en est rien cependant ; la clientèle d'un homme, paraît devoir disparaître avec lui lors du trans- attachés à un fournisseur prennent l'habitude de conclure leurs achats dans le magasin qui porte son enseigne, son nom, ils conserveront cette habitude alors même qu'un successeur remplacera le fournisseur primitif, dont il aura conservé le nom commercial ou l'enseigne. Nom commercial, enseigne, servent à fixer, à retenir la clientèle personnelle d'un fonds ; ils constituent donc l'un et l'autre les éléments du fonds ; constituent de même les éléments du fonds, les brevets, les dessins, les modèles, les marques de fabrique qui, eux aussi, contribuent à fixer, retenir et monopoliser la clientèle personnelle. Grâce à la propriété d'un brevet ou d'une marque, au dépôt d'un dessin ou modèle, le propriétaire du fonds possède en effet le monopole exclusif de la vente de l'objet breveté déposé ou marqué. Ce monopole est une source de richesse, un droit, un bien qui facilite l'exercice du commerce, un élément constitutif du fonds.

7. Aussi on entend par fonds de commerce un bien constitué par la réunion de plusieurs autres biens qui se complètent l'un l'autre afin de permettre au négociant l'exercice fructueux de son commerce. La possession de ce bien est une source de richesse, le fonds de commerce est un capital au sens économique du mot, capital dont la valeur dépasse dans une large mesure la somme des valeurs isolées des divers biens qui le composent, biens dont certains ne pourraient jamais faire séparément, l'objet d'une transaction quelconque.

8. Mais pour que ce capital constitue à proprement parler une valeur patrimoniale, il faut qu'il soit à la disposition pleine et entière du commerçant ; que celui-ci puisse l'engager, le céder comme il l'entend, et, par suite, il faut que le commerce puisse s'exercer sans entraves. On ne peut concevoir le nantissement du fonds de commerce que dans un

régime de liberté commerciale, que si chacun peut librement user, exploiter, développer et transmettre sa maison de commerce.

Telle est bien aujourd'hui l'état de notre civilisation ; le fonds constitue de nos jours une valeur susceptible de gage, cession, louage, usufruit, mais ce régime de liberté économique est étranger aux civilisations anciennes et ceci nous explique, en partie, que la notion du fonds de commerce et les opérations juridiques qui s'y rattachent soient restées si longtemps ignorées du législateur et constituent aujourd'hui encore une branche obscure du droit.

---

(1) Nous devons cependant reconnaître que déjà sous l'ancien régime, avant le rétablissement de la liberté commerciale, certains juristes et économistes (Jean Nicot, en particulier) avaient essayé d'analyser la notion du fonds de commerce. Mais cette notion ne fut jamais approfondie, car le fonds, en tant que valeur économique, n'avait aucune importance en dehors de l'hypothèse où il était érigé en office.

CHAPITRE PREMIER

Historique du fonds de commerce (1). Droit romain.

9. Nous croyons pouvoir affirmer que les Romains ne conçurent jamais la notion du commerce, qu'il s'agisse du commerce exploité par les grands négociants, les banquiers, les entrepreneurs de travaux publics ou du commerce exploité par les misérables artisans ou bien encore les esclaves.

Le commerce, d'ailleurs, était marqué d'une défaveur certaine à Rome, et l'étude des questions théoriques qui s'y rattachaient s'en ressentait certainement.

a) Certes, les chevaliers ne se refusèrent nullement à tirer bénéfice de l'armement, du commerce maritime ou des fournitures militaires, mais s'ils faisaient du commerce ils n'avaient pas à proprement parler d'établissement commercial, de fonds de commerce.

b) Au contraire, l'exploitation du petit artisan, la *Taberna* du petit commerçant, répondaient absolument à notre institution moderne du fonds de commerce : ils avaient certainement l'un et l'autre une clientèle déterminée, ils avaient une enseigne (dont on retrouve de nombreux types à Pompeï), ils avaient un matériel, des marchandises ; mais, cependant, jamais le jurisconsulte romain n'eût l'idée de grouper ces différents éléments d'exploitation du fonds pour en former un bien unique qui pût être aliéné ou gagé ; la situation des petits commerçants était d'ailleurs extrêmement misérable, le développement des grands domaines et l'énorme extension du travail servile, permettaient à l'aristocratie de produire chez elle tout ce dont elle avait besoin, la clientèle de l'artisan était, par suite, fort réduite et fort pauvre ; autant dire que le fonds de commerce de ces malheureux boutiquiers était dépourvu de valeur et rendait inutile toute étude.

---

(1) Gombeaux. — *Notion juridique du fonds de commerce* (page 112).

Par suite, le petit commerçant qui désirait obtenir du crédit devait avoir recours aux modes ordinaires de sûreté sur ses meubles corporels et sur ses immeubles, devait gager ou hypothéquer séparément son matériel, ses marchandises, ou l'échoppe qui abritait son fonds.

Cependant, un texte de Scaevola au Digeste (*De pignoribus hypothécis*, XX. 1.) nous apprend que dans une certaine mesure le petit artisan pouvait hypothéquer par un seul et même acte son échoppe et ses marchandises, l'hypothèque restait alors suspendue sur toutes les marchandises qui se succédaient en magasin, pour frapper finalement celles qui s'y trouvaient lors de la réalisation du gage ; il y a là, nous semble-t-il, un embryon de l'idée de fonds de commerce, fonds de commerce composé uniquement de valeurs corporelles, le Romain n'ayant jamais attribué de valeur particulière et considéré comme des biens les éléments incorporels que nous désignons sous le nom de clientèle, enseigne ou de nom commercial.

Remarquons d'ailleurs que tout développement de l'idée de fonds de commerce, envisagé comme moyen de crédit, fut rendu impossible sous le bas-empire par suite de l'introduction du régime corporatif à Rome et la suppression presque absolue de la liberté du commerce.

c) Mais à côté des commerçants libres nous savons que les esclaves pouvaient exploiter un commerce pour le maître ; grâce à l'existence du pécule le maître pouvait prendre part à l'exercice du négoce sans encourir la déconsidération dont cet exercice pouvait être l'objet. Ainsi en vue de l'exercice d'une profession, d'un commerce, il remettait à l'esclave une certaine masse de biens, la *merx peculiaris*. La *merx peculiaris* se séparaît du patrimoine du maître, restait indépendante de l'ensemble du pécule de l'esclave et des autres pécules spécialement affectés à une autre entreprise, bref, constituait un véritable patrimoine indépendant affecté à l'exercice du commerce, patrimoine secondaire doté d'un actif et d'un passif, actif comprenant toutes les valeurs que nous groupons aujourd'hui sous le nom de fonds de commerce, puis, en outre, les créances commerciales et les bénéfices de l'entreprise ; un passif comprenant toutes les dettes de celle-ci. La *merx peculiaris* a été très soigneusement réglementée à Rome en raison de son caractère essentiellement pratique et de l'intérêt que

représentait la matière pour tous les riches Romains. Mais l'étude de la merx n'est pas l'étude du fonds, et l'étude de celui-ci ne fut jamais entreprise ; ajoutons qu'elle eût manqué complètement d'intérêt, le propriétaire de l'esclave doté du pécule commercial ne s'avisant jamais de disposer séparément du fonds de commerce contenu dans le patrimoine de son esclave, mais préférant au contraire aliéner le patrimoine tout entier en aliénant l'esclave auquel il était attaché.

Ainsi, l'examen des circonstances économiques de la vie commerciale romaine nous explique suffisamment les raisons de la méconnaissance du gage du fonds de commerce à Rome, notre ancien droit lui-même n'en prendra pas conscience.

Ancien droit.

10. En effet, dans la très ancienne France, pendant une longue époque, le commerce resta pour ainsi dire inexistant ; au début du régime féodal les rapports commerciaux étaient nuls, le seigneur trouvant dans ses domaines ou demandant à ses serfs tout ce dont ils avaient besoin, et chaque particulier étant, en général, selon la forte expression de Lamprecht, « son propre producteur et son propre consommateur » (1).

Cependant, lorsque l'émancipation se produisit, peu à peu, le commerce ressuscita, les artisans se spécialisèrent à nouveau, les foires se créèrent et se développèrent, et le grand commerce naquit à son tour, entrepris par des marchands sans établissement fixe, ne possédant que des entrepôts dans chaque grand centre commercial.

Mais les marchands s'enrichissant, les seigneurs, puis le roi, prirent parti de tirer profit de leur négoce et s'avisèrent alors de concéder, moyennant finance, les métiers et maîtrises et de supprimer, par suite, la liberté du commerce (2). Ainsi

---

(1) *Etude sur l'état économique de la France pendant la première partie du moyen âge* (traduction Marignan, Paris 1889).

(2) Nous nous excusons de passer aussi rapidement sur cette période dont l'économie est si intéressante, et d'examiner aussi superficiellement les raisons de la naissance et de la vie des corporations. Ces raisons ne sont certainement pas uniquement fiscales, il ne faut pas oublier que c'est en s'appuyant sur les corporations que le roi de France fit l'unité française et enfin que l'organisation corporative ayant pour résultat la réglementation minutieuse

naquirent les corporations qui devaient durer jusqu'à la fin de l'ancien régime, supprimant ainsi tout intérêt à l'étude des fonds de commerce, dont on ne pouvait conserver ni la cession, ni le gage.

11. Seules les réformes de la Révolution française vont provoquer le développement de l'idée du fonds de commerce ; la suppression des maîtrises et jurandes, le rétablissement de la liberté individuelle et commerciale (1) vont permettre de considérer ce bien comme une valeur négociable, comme une richesse aliénable dont nous voyons ainsi petit à petit se préciser sa notion (2).

Ainsi, le 29 thermidor an IX, le Tribunal d'appel de Paris (S. chr. 1, 2, 36) consacre la transmissibilité du nom commercial et le commissaire du gouvernement, au cours de son rapport, analyse finement l'aliénation du fonds qui comprend, nous dit-il, une aliénation de la propriété physique des marchandises et instruments d'exploitation, une aliénation de la propriété morale, de l'achalandage et de la possession de la confiance publique.

Mais si, dès la Révolution, le fonds de commerce prend véritablement naissance et constitue désormais, dans le patrimoine du négociant une valeur économique négociable, cette valeur est l'objet de rares négociations, et ceci nous explique pourquoi le législateur, dont l'attention n'était nullement attirée sur ce bien, ne réglemente dans aucun de ses codes le fonds de commerce en général, et les transactions dont il peut être l'objet.

Si, au début du dix-neuvième siècle, nous voyons apparaître quelques ventes globales de fonds de commerce, ventes qui ne semblent donner lieu à aucune difficulté spéciale, ce n'est que dans la deuxième moitié du siècle que nous constatons

---

de la fabrication, en vue d'obtenir des produits parfaitement fabriqués, assura la renommée industrielle de la France. Sans discuter la légitimité de toutes ces raisons, il ne ressort pas moins de l'existence de la corporation que le fonds de commerce ne pouvait, durant toute cette époque, se concevoir comme valeur négociable ; c'est ce que nous avons voulu établir dans ce court paragraphe.

(1) Loi du 2 mars 1791.

(2) Reconnaissance de la propriété littéraire et artistique, de la propriété ndustrielle, etc.

l'usage du fonds de commerce comme moyen de crédit, après que la suppression de la contrainte par corps eut exigé le développement des sûretés personnelles et réelles. Le petit commerçant sans crédit personnel dut, en effet, chercher à donner des garanties réelles au prêteur, et il s'efforça d'utiliser, dans ce but, la seule valeur qu'il eût entre les mains : son fonds de commerce, dont la valeur globale dépassait de beaucoup la valeur isolée de tous les éléments composants.

Mais sous quelle forme devait être constitué ce gage ? Quelle était la nature de ce bien spécial dénommé fonds de commerce ? Constituait-il un bien indépendant de tous les biens qui le composent et dont il est la somme ? Au contraire, n'était-il qu'un mot, une désignation abrégée d'un ensemble de biens sans lien juridique et dont le groupement ne détruisait nullement les caractères propres et l'individualité ? Le gage du fonds devait-il, par suite, s'effectuer en gageant successivement et séparément les différents éléments qui le composent ? Pouvait-il se réaliser, au contraire, dans une opération unique ? La réponse à ces dernières questions dépendait de la nature juridique que l'on reconnaissait au fonds ; nous allons donc étudier, dans un deuxième chapitre, les diverses conceptions qui se sont fait jour à ce sujet.

CHAPITRE II

Nature juridique du fonds de commerce (1).

12. La détermination de la nature juridique du fonds de commerce donna lieu, en Allemagne, bien avant que le problème ne se posât en France, à l'élaboration de théories multiples qui furent elles-mêmes l'objet de discussions passionnées. Bien que, remarquons-le immédiatement, les théories allemandes ne soient pas conciliables avec l'idée française du fonds de commerce (base et appui du négoce, ensemble de tous les biens qui permettent au négociant d'accomplir son commerce), leur étude nous paraît néanmoins présenter de l'intérêt en notre matière, car elles semblent avoir exercé malgré tout une influence sur la doctrine, et peut-être même sur la législation positive française, si nous en jugeons, du moins d'après certains textes de la loi du 17 mars 1909, et en particulier d'après le paragraphe 4 de l'article 13 de cette loi.

Théorie du fonds de commerce personne morale.

13. Observant qu'il existe une séparation très marquée entre les éléments du patrimoine qu'un individu affecte au commerce et ceux qui constituent sa fortune personnelle, des auteurs allemands ont soutenu que le patrimoine commercial avait une individualité propre et une indépendance presque absolue. Dans cette conception, proposée par Hassenpflug (2) en 1827, et reprise par Mommsen (3) et Endemann (4) qui lui

---

(1) Catalan. — *De la condition juridique du fonds de commerce*, thèse, Paris, 1899.

Gombeaux. — *Notion juridique du fonds de commerce*, thèse, Caen, 1901.

(2) Hassenpflug. — Eine unter einer Firma betriebene Handlung ist als das Rechtssubjéckt hinsichtlich aller aus Handlungsgeschæften entslehenden Rechte und verbindlichkeiten anzüsehen, Elveis Themis I, 1827, p. 59-72.

(3) Mommsen. — Article dans « Archif fur Theorie and Praxis, xxxii, 1875, p. 201 et suiv.

(4) Endemann. — Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt. 4e édition 1887, § 15, p. 58.

donna sa forme définitive, le soutien, le support, le titulaire de ce patrimoine spécial, n'est autre que le fonds de commerce que l'on peut assimiler ainsi à une personne morale. Le fonds de commerce a donc une vie indépendante de celle du commerçant ; il a un domicile, un nom particulier (la firme), c'est à lui, plus qu'au négociant, que les employés louent leur service. Le commerçant, d'ailleurs, prend rang lui-même parmi le personnel, il n'est, selon la formule de Mommsen, que le premier employé du fonds qui survit donc en cas de changement de titulaire.

Le fonds est donc le vrai support du crédit commercial, c'est lui qui est propriétaire du patrimoine affecté au commerce, il est seul titulaire des créances et les dettes qui le grèvent, ne grèvent en principe que lui. Le propriétaire du fonds n'est que le représentant de la personne morale qui est seule obligée ; il n'est tenu des dettes de celle-ci que jusqu'à concurrence de la valeur du patrimoine commercial.

Ainsi, il existe une véritable séparation de patrimoines entre la fortune personnelle du négociant et les valeurs affectées au commerce ; les créanciers de l'entreprise auront seuls droit et seulement droit à l'actif commercial ; les créanciers privés auront seuls droit et seulement droit au patrimoine privé. Ajoutons que si le commerçant exploite plusieurs fonds constituant des entreprises différentes, chaque fonds étant lui-même une personne morale différente de la personne morale qui exploite l'autre fonds, aura lui-même ses dettes et ses créances propres.

14. Telle est la forme la plus nette de la théorie du fonds personne morale ; M. Voelderndorff (1) s'écarte quelque peu de cette théorie en repoussant l'idée de personne morale du fonds pour admettre la personnalité commerciale du négociant à côté de sa personnalité civile ; personnalité commerciale qui serait seule le sujet des créances et des dettes nées à l'occasion de l'exploitation du commerce, et le titulaire du patrimoine commercial ; cette personnalité pourrait être cédée à un étranger comme le serait un patrimoine, et le cessionnaire devien-

(1) Voelderndorff. — Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, I, p. 192.

drait ainsi le véritable successeur de la situation juridique de son auteur.

Ces conclusions sont tellement voisines de celles du système d'Endemann qu'il est permis de confondre les deux théories.

Nous ne voulons d'ailleurs nullement insister plus longtemps sur ces doctrines extrêmes, qui n'ont pas été suivies en Allemagne ; en effet, en vue de permettre le gage et la vente du fonds, leurs auteurs ont été obligés de considérer celui-ci tantôt comme sujet, tantôt comme un objet de droit et la contradiction évidente de ces deux propositons explique seule le rejet du système.

Fonds de commerce patrimoine de but.

15. Cette théorie est l'application au fonds de commerce de la théorie générale de Brinz (1) qui attribue à tout ensemble de biens groupés pour une destination commune, non pas une personnalité, mais une individualité propre, une homogénéité juridique qui permet d'en faire le support des droits et obligations relatives à cet ensemble.

C'est ce patrimoine vivifié par le but (zweckvermœgen) qui est le véritable sujet de droit, et devient titulaire des créances et des dettes sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir la fiction qui consiste à supposer, comme sujet de droit, une personne morale immatérielle. Cette théorie fut étendue par Bekker (2) au fonds de commerce ; celui-ci considéra donc le fonds à l'instar de la *merx peculiaris* romaine comme un patrimoine largement autonome, patrimoine entrant en relation avec le public sous un nom particulier, et dont les créances et les dettes restent nettement séparées de l'actif et du passif non commercial du propriétaire du fonds. Bref, nous trouvons ici, sous une formule différente, un système juridique analogue au système d'Endemann.

---

(1) Brinz. — Lerbuch der Pandekten, 1888, § 482, p. 453.

(2) Bekker. — Zweckwermœgen insbesondere Peculium Handelswermœgen und Actiengesellschaften Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, 1861, page 499.

Patrimoine d'affectation.

16. C'est encore de ces doctrines que nous devons rapprocher la théorie française élaborée par M. Saleilles (1).

D'après M. Saleilles, le fonds de commerce ne devrait pas être envisagé comme un sujet de droit, mais comme une masse distincte du patrimoine du négociant, masse isolée de ce patrimoine par son affectation à un but particulier qui serait, en l'espèce, l'exploitation de l'entreprise commerciale. Car l'affectation de biens spéciaux à la satisfaction d'un but unique, réalise dans le patrimoine général une séparation de fait ; il serait donc légitime que cette séparation de fait se manifestât par la présence d'un actif et passif autonome.

Ne nous méprenons pas d'ailleurs sur la portée de ces réflexions de l'éminent jurisconsulte qu'était M. Saleilles ; ce savant auteur savait fort bien que telle n'était pas la conception française du fonds de commerce, et il proposait sa théorie comme une théorie purement spéculative. Ajoutons qu'avec beaucoup de raison M. Saleilles n'en admettait la réalisation possible qu'à condition qu'une large publicité accompagnât la constitution de la masse de biens affectés au commerce, masse à laquelle devait se limiter la responsabilité du commerçant.

17. Ces notions larges du fonds de commerce : fonds de commerce patrimoine de but, patrimoine d'affectation, doté d'un actif et d'un passif spécial, sont évidemment séduisantes en ce qu'elles se prêtent à des constructions juridiques laissant au patrimoine commercial une large indépendance ; mais comme le fait bien remarquer M. Saleilles, ces théories ne sont nullement conciliables avec le principe de l'unité du patrimoine, qui constitue une des bases de notre droit français ; quand un commerçant s'oblige et oblige tous ses biens (art. 2.092, C. C.), s'il tombe en faillite, la masse des créan-

(1) Saleilles. — I. *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, Paris, 1890, p. 148. — II. *Note sous Dijon*, 30 juin 1893. S. 94, 2, 185. — III. *Etudes sur l'histoire de la société en commandite* (Annales de Droit commercial, 1897, page 39).

ciers se fait payer sur son patrimoine tout entier ; dans l'état actuel du droit possible français on ne peut nullement concevoir que le fonds de commerce puisse être considéré comme un patrimoine séparé. Les théories allemandes ne s'accordent nullement avec l'idée française qui voit dans le fonds de commerce un ensemble de biens positifs permettant au commerçant d'exercer son négoce, une source de richesse comme le serait un instrument de travail.

Mais quelle est la nature de cet ensemble, quelle est la nature de ce groupement ?

18. Ce problème divisa très longtemps les auteurs et aujourd'hui encore, faute de l'emploi d'une terminologie suffisamment précise, les confusions sont encore fréquentes.

Economiquement, il est certain, tout d'abord, que si le fonds de commerce ne constitue pas un patrimoine séparé auquel serait affecté un actif et un passif spécial, il n'en constitue pas moins un bien spécial indépendant des biens qui le composent ; le fonds de commerce garde son individualité, garde sa nature primitive, quoique les éléments qui le constituent se modifient ; il reste semblable à lui-même, bien que, au cours de l'exploitation commerciale, les marchandises aient été aliénées et remplacées par d'autres, que des brevets se soient éteints, que des marques nouvelles aient été acquises, que le matériel ait été modifié, que le bail ait été résilié ; on ne peut pas admettre que le fonds de commerce n'est qu'un mot employé dans un but d'abréviation pour désigner un ensemble d'éléments séparés les uns des autres et ayant une existence juridique indépendante ; qu'il constitue un simple groupement de fait, un ensemble matériel de valeurs économiqsues indépendantes, un groupement analogue au troupeau, simple mot employé pour désigner une réunion d'animaux, à la bibliothèque, simple mot pour désigner un ensemble de livres. S'il en était ainsi, en effet, son individualité ne se maintiendrait qu'à la condition que ses éléments composants conservassent eux-mêmes leur nature primitive ; qu'à la condition que les marchandises demeurassent inchangées, que le matériel ne fut pas modifié, qu'à la condition, autant dire, que le commerçant arrêtât l'exploitation de son commerce.

Cette théorie, nettement contraire aux observations que suggère la pratique, qui voit avec raison dans le fonds un bien

de valeur incertaine peut-être, mais un bien qui subsiste autant que subsiste le commerce, recueillit longtemps des adhésions multiples. Elle trouva son expression juridique dans de nombreuses notes de M. le profeseur Wahl, elle fut acceptée longtemps par M. le professeur Thaller et d'autres auteurs éminents : MM. Lyon-Caen, Lèbre, Olivier, Moutier, Faucon, Catalan, Magnin, etc. (1).

19. Sans conteste, c'est à l'abus de la technique que nous devons imputer cette erreur de doctrine ; recherchant sous quel concept juridique on pouvait envisager le fonds de commerce, la doctrine n'aperçut que deux points de vue possibles : ou bien ranger le fonds de commerce parmi les universalités de fait, et c'était là la théorie des auteurs que nous combattons, ou le ranger parmi les universalités de droit, et c'était là une conception que nous ne pouvons pas plus admettre, le fonds de commerce ne constituant nullement, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, un patrimoine indépendant, semblable à une hérédité, comprenant comme celle-ci des créances et des dettes.

Et cependant, admettaient les partisans de l'universalité de droit, en fait de fonds de commerce constitue un bien indépendant des divers biens qui le composent, et il reste semblable à lui-même malgré les modifications que ceux-ci ont subies ; les marchandises ont beau être vendues et remplacées par d'autres, le matériel se renouveler le fonds de commerce reste lui-même inchangé car les marchandises nouvelles, le matériel nouveau rentrent eux-mêmes dans sa composition ; ils se trouvent subrogés aux éléments disparus dont ils assurent le remploi. Ainsi analysent ces auteurs, c'est à la suite d'une véritable subrogation réelle que marchandises et matériel renouvelés s'incorporent au fonds. Mais puisqu'il y a subrogation réelle, poursuivent-ils, c'est que le fonds de commerce constitue une universalité d'un caractère spécial, la subrogation est une fiction dont le fondement ne peut se trouver que dans la fongibilité des objets que renferme une universa-

(1) En ce sens : Paris, 4 janv. 1896, S. 97. 2. 891. — Orléans, 6 nov. 1901, *J. des faillites*, 1, 1913. — Aix, 11 janv. 1905, D. 1905. 2. 72. — Alger, 7 mars 1906, D. 1910. 5. 55.

lité de droit (1). *In judiciis universalibus succedit pretium loco rei et res loco pretii.*

Ainsi en résultait-il, comme le conclut M. Wahl (note sous cassation, 26 décembre 1900, S. 1904, 1.409), qu'on était obligé de prononcer pour qualifier la nature du fonds le mot d'universalité juridique, d'universalité de droit. Or, poursuit-il, et en cela nous sommes parfaitement d'accord avec lui, il est impossible d'admettre que le fonds de commerce constitue une universalité juridique ; s'il en était ainsi, il serait une sorte de pécule commercial séparé par sa destination même des autres biens du commerçant, ayant ses créances et ses dettes; mais cette conception est contraire au principe de l'unité du patrimoine et une telle dérogation à ce principe ne pouvait résulter que d'un texte de loi. D'une part nous ne trouvons rien de tel dans la législation française, d'autre part cette conception ne correspond nullement à la notion économique du fonds de commerce que nous présente la pratique, et M. Wahl conclut que puisque le fonds n'est pas une universalité de droit, ce qui serait contraire aux principes mêmes de notre législation, il ne peut être qu'une universalité de fait ; par suite, ajoute-t-il, le commerçant qui donne son fonds en gage ne donne pas en gage un seul bien, mais une série de biens, les uns corporels, les autres incorporels, et il doit observer pour le gage de chacun, les règles particulières qui lui imposent sa nature juridique ; le gage du droit au bail s'effectuera par simple signification au bailleur et tradition du titre de bail, sans déguerpissement du constituant ; le gage des marchandises et de tous les autres éléments corporels s'effectuera, au contraire, par la dépossession ; autant dire que le gage du fonds de commerce équivaut à la suppression de celui-ci dont l'exploitation sera désormais impossible. Encore une fois, cette conception du fonds, universalité de fait, est tout aussi mauvaise que celle du

---

(1) N'oublions pas que cette théorie du fonds universalité juridique a été élaborée bien avant que la théorie de la subrogation réelle ait été rénovée par les savants travaux de MM. Saleilles, Planiol, Demogue et Henry. Nous n'ignorons pas que la subrogation réelle est parfaitement possible en dehors même des universalités, mais pendant la deuxième moitié du XIXe siècle, l'adage *in judiciis universalibus* était, en dehors de la loi, considéré comme pouvant seul justifier le phénomène de la subrogation. (Voir, en outre, l'article récent de M. Capitan dans la *R. trimestrielle de D. C.*, 1920, p. 385 et suiv.)

fonds universalité de droit, aussi bien, le fonds de commerce ne rentre pas plus dans l'une que dans l'autre de ces catégories ; et il n'y a d'ailleurs aucune obligation de le classer dans l'une ou dans l'autre de celles-ci ; on peut très facilement briser leurs cadres trop étroits et imaginer une conception nouvelle mieux adaptée que les précédentes à la réalité des faits et aux exigences de la vie commerciale. Supprimons l'idée *a priori* que le fonds de commerce doit être classé ou bien dans les universalités de droit, ou bien dans les universalités de fait, et nous nous dégagerons, par suite, d'une situation insoluble. Le fonds de commerce constitue en réalité un groupement, un ensemble, une universalité intermédiaire entre l'universalité de droit et l'universalité de fait, universalité *sui generis*, individualité distincte de tous les éléments qui la composent et qui sont destinés à s'accroître ou à se séparer, suivant les nécessités ou l'utilité de l'exploitation commerciale, sans troubler ni modifier par là même la nature du fonds de commerce qui les groupe.

Empressons-nous d'ailleurs de remarquer que si le fonds de commerce reste semblable à lui-même, bien que d'autres marchandises aient remplacé les marchandises primitives, qu'un nouveau matériel ait pris la place des machines usées et détériorés, cela ne tient nulement au fait que matériel nouveau et marchandises nouvelles ont été subrogés aux valeurs qu'ils remplacent (1). On ne peut parler de subrogation en cette matière : matériel, marchandises, marques, brevets, nouvellement acquis se rangent parmi le fonds de commerce sans qu'on s'occupe de savoir s'il en est entré dans le fonds pour une somme plus considérable qu'il n'en était sorti ; ce phénomène inexplicable par la seule idée de subrogation réelle ne se justifie que par la nature spéciale du fonds de commerce, universalité *sui generis*.

20. En somme, les commerçants ont voulu grouper certains biens de leur patrimoine en vue d'un but déterminé et de telle sorte que l'ensemble de ces biens constituat lui-même un bien indépendant des biens qui le composent et dont il est la somme ; un bien qui fut par lui-même un objet de puissance

(1) *Sic* Demogue, *Subrogation réelle*, article de la Revue critique de 1901, p. 365.

et de transaction, un bien qui garderait son existence propre et qui resterait toujours semblable à lui-même, malgré les modifications survenues dans sa compositon : le remplacement des valeurs qui le constituent, par d'autres valeurs de même nature, l'extinction de quelques-unes d'entre elles ou le développement des autres. Il est évident que l'application pure et simple des principes juridiques en vigueur dans notre législation positive ne leur permettait pas de constituer un tel bien à l'aide des seules ressources du code ; nous ne pouvons nier qu'avant 1898 aucun texte législatif n'existait en ce sens ; mais devons-nous admettre, avec certains auteurs, que cette conception ne pouvait être reconnue tant que le législateur ne serait pas intervenu pour sanctionner expressément le désir de l'homme et consacrer par un texte précis la légitimité du but que celui-ci poursuivait ? Non, n'oublions pas qu'en matière commerciale, bien plus encore qu'en matière civile, la coutume est une source de droit aussi bien que la loi (1). Or, avant 1898, la coutume commerciale était nettement fixée dans le sens de la reconnaissance du fonds de commerce comme universalité spéciale, comme bien indépendant des différentes valeurs corporelles et incorporelles dont il semblait la somme ; un long usage avait établi cette coutume et « la conviction d'une sanction juridique spécifiait et qualifiait l'usage comme coutume obligatoire ». Ajoutons que cette coutume, que cette conception spéciale du fonds de commerce ne violait aucun texte de loi si elle ne trouvait sa source dans celle-ci, et que la jurisprudence (2), malgré une fâcheuse imprécision de langage et une regrettable confusion dans l'emploi des locutions : universalité juridique, universalité de droit, prenant conscience des besoins du commerce et de la légitimité du but qu'il poursuivait, reconnaissait et sanctionnait l'indépendance du fonds et son caractère d'universalité *sui generis*.

21. D'ailleurs, dès 1898, le législateur reconnut implicite-

---

(1) Gény, *Méthode d'interprétation*, deuxième édition, I, § 119, page 357. Exemple : coutume de Bon pour pouvoir, admission de l'anatocisme en matière de compte-courant, etc.

(2) Requête 13 décembre 1842, S. 43. 1. 22. — Aix 12 mars 1878, S. 78. 2. 265. Requête 13 mars 1888, D. 88. 1. 351. — Bordeaux 28 octobre 1896, J. de T. de C. 1897, p. 794 etc.

ment le bien fondé de cette coutume en instituant, sur les bases actuelles, le gage du fonds de commerce ; la loi de 1909 la confirma à son tour en admettant que la vente comme le gage du fonds *se réalisaient par une seule opération* et ne consistaient nullement dans la vente successive suivant des procédures spéciales, des éléments corporels et des éléments incorporels du fonds. Au cours des travaux préparatoires des lois de 1898 et de 1909, il est vrai, MM. Thésard, rapporteur au Sénat de la loi de 1898, et Cordelet, rapporteur devant la même assemblée de la loi de 1909, qualifient tantôt le fonds de commerce d'universalité juridique, tantôt d'universalité de fait ; mais ce sont là des impropriétés de thermologie auxquelles il ne faut pas attacher d'importance ; en qualifiant le fonds d'universalité de fait, M. Cordelet (1) laisse entendre que le fonds ne constitue pas un patrimoine spécial titulaire de créances et de dettes ; en le qualifiant d'universalité juridique, M. Thésard reconnaît qu'il constitue un bien spécial différent des biens qui le composent, sans entendre pour cela qu'on doive l'assimiler au pécule des Romains ; encore une fois, ce ne sont là que des impropriétés de langage et le texte même des lois de 1898 et 1909 ne peut s'expliquer que si l'on accepte la notion coutumière du fonds universalité *sui generis*, ainsi que nous venons de l'établir plus haut.

Conséquences de la conception française.

22. Universalité *sui generis*, le fonds de commerce constitue un corps certain gardant son individualité malgré les modifications successives que subissent les éléments qui le composent.

Il constitue, d'autre part, un bien mobilier (2) et, par

---

(1) Cordelet, D. P. S. 1905, p. 504. — 1907, p. 48.

(2) S'il est vrai que le fonds de commerce constitue un droit mobilier en raison de son caractère d'universalité, ne doit-on pas admettre que dans certaines conditions il devrait prendre le caractère d'un droit immobilier toutes les fois que, suivant la formule de l'art. 524 du C. C., il serait attaché par le propriétaire d'un immeuble par nature au service et à l'exploitation de celui-ci ?

Exemple : Un immeuble est bâti pour être exploité comme hôtel ; le pro-

suite, est soumis à la législation des meubles, peut être gagé mais non hypothéqué.

Enfin, il constitue un meuble incorporel (1) car toute uni-

---

priétaire de l'immeuble exploite lui-même celui-là ; ce fonds de commerce (enseigne, nom commercial, matériel), est attaché à l'immeuble pour son service et son exploitation ; dans ces conditions, n'est-il pas immeuble par destination, comme le sont le matériel, le mobilier, l'outillage, meubles corporels considérés isolément ?

Si nous nous en référons à la lettre même de l'article 524, il est certain que nous ne pouvons admettre cette solution. L'article 524 vise « les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés » ; or, qui dit objet dit chose corporelle, et non pas droit incorporel. Le législateur n'a jamais conçu, d'ailleurs, la posssibilité d'immobiliser un meuble incorporel, car il n'a jamais prévu qu'un meuble incorporel puisse servir à l'exploitation d'un immeuble. En 1804, le fonds de commerce, en effet, était presque inconnu.

Mais aujourd'hui que se réalise l'hypothèse, y aurait-il intérêt d'étendre aux meubles incorporels la fiction de l'article 524 ? N'y aurait-il pas intérêt de lier l'accessoire au principal et de faire en sorte que le meuble incorporel ne soit pas séparé de l'immeuble auquel il est affecté, ne soit pas, en cas de réalisation de l'ensemble, aliéné isolément et séparément de l'immeuble contrairement à la volonté de son propriétaire et au détriment de l'utilité générale ?

Il ne faut pas en douter, il y aurait un grand intérêt à grouper dans la même procédure la réalisation de l'un et l'autre bien, et l'application de l'article 524 en serait un moyen ; mais, encore une fois, ni la législation positive, ni la coutume commerciale en vigueur ne nous permettent d'adopter ce système ; il est indéniable que dans l'état actuel des choses, le fonds de commerce reste meuble alors même qu'il est affecté par le propriétaire de l'immeuble à l'exploitation de son bien, le fonds de commerce reste meuble et, par suite, ne rentre nullement dans l'hypothèque consentie à un créancier sur le local qui l'abrite.

Notons, d'ailleurs, que l'extension de l'article 524 présenterait certains inconvénients (au point de vue civil, nul n'ignore que l'immobilisation par destination des meubles affectés au service des immeubles est une source de graves difficultés, et qu'elle conduit à une conséquence injuste en matière fiscale, puisqu'elle autorise le fisc à percevoir le même droit de mutation sur le meuble que sur l'immeuble en cas d'aliénation simultanée des deux biens) ; enfin, elle ne produirait pas toujours l'effet que l'on attendrait d'elle, puisque, dans bien des cas, quoique immeuble et fonds appartiennent au même propriétaire, les conditions de l'immobilisation ne pourraient se réaliser, le fonds n'étant pas toujours strictement affecté au service de l'immeuble.

(1) Si le fonds de commerce constitue un bien incorporel, le mobilier et le matériel qui le composent conservent le caractère de bien corporel toutes les fois qu'ils sont considérés isolément. Si le propriétaire du fonds acquiert une machine ou de l'outillage, il peut opposer l'article 2.279 au véritable propriétaire qui voudrait revendiquer son bien ; dans cette hypothèse, en effet, le propriétaire du fonds ne défend nullement la propriété du meuble incorporel qu'est son fonds, mais la propriété d'un élément corporel considéré isolément et conservant, par là même, le bénéfice de l'article 2279 qui le protège.

versalité est une création idéale de l'esprit, on ne peut ni la toucher ni la saisir.

Ainsi, nous connaissons désormais la nature et les caractères principaux du fonds de commerce, nous allons étudier maintenant, dans un troisième chapitre, comment le propriétaire du fonds peut utiliser celui-ci comme moyen de crédit, quelles sont les différentes formes de sûreté qui peuvent être consenties sur ce fonds.

CHAPITRE III

Les différentes formes de sûretés qui peuvent être constituées sur le fonds.

23. Le fonds de cemmerce constitue indéniablement une richesse qui peut atteindre parfois un chiffre considérable (1). Bien souvent le fonds de commerce est la seule richesse que possède un commerçant ; il est donc très naturel que celui-ci voulut s'en servir comme moyen de crédit et de fait, dès la deuxième moitié du dix-neuvième siècle nous assistons à une tentative remarquable en vue de leur utilisation dans ce but.

Mais si le fonds de commerce est une richesse, c'est encore et surtout une source de richesse, et bien souvent le seul moyen d'enrichissement du commerçant comme le sont pour le cultivateur se outils, ses instruments de travail, ses troupeaux et ses champs. On concevra donc difficilement qu'une personne qui emprunte en vue de s'assurer une certaine somme lui permettant de développer ou de conserver son exploitation commerciale, consente à se dessaisir en même temps et par le même acte, en vue d'accorder une sûreté à son créancier, du fonds dont l'exploitation lui permettrait l'acquittement de sa dette.

En général, de quelle manière peut-on affecter une chose à la garantie d'une créance ? Autrement dit, quelles sont les différentes formes techniques qui se présentent à l'esprit pour constituer une sûreté sur une chose en notre espèce quelle forme sera susceptible de satisfaire l'intérêt du créancier et du débiteur en donnant à celui-là toute la sécurité désirable et en permettant à celui-ci de conserver son gagne-pain.

Tel est le problème que nous avons à résoudre.

Le fonds de commerce est un droit mobilier, il est donc naturel que le gage se soit immédiatement présenté à l'esprit de celui qui voulait se servir de son fonds comme moyen de crédit.

24. Mais qu'est-ce donc que le gage ?

---

(1) Nous connaissons un fonds de commerce de café-restaurant qui a été payé plus de quatre millions de francs.

Suivant M. Planiol (II. n° 2.388), le gage est le contrat par lequel le débiteur lui-même, ou un tiers, remet au créancier un objet mobilier destiné à lui servir de sûreté ; d'une façon plus générale nous dirons que le gage est l'acte par lequel le débiteur ou un tiers transfère immédiatement à son créancier la possession-détention d'un droit corporel ou incorporel destiné à lui servir de sûreté. Le créancier gagiste, régulièrement nanti, acquiert donc l'apparence du véritable titulaire du droit dont il possède désormais l'exercice, puisque la détention d'un droit consiste dans la manifestation extérieure de ce droit. Ainsi, le gage n'est véritablement parfait qu'autant que le débiteur s'est dessaisi de sa chose, et a livré celle-ci à son créancier par une tradition positive et réelle, ne gardant sur son bien aucune vaine apparence de détention quelconque.

Le gage, le *pignus* des Romains *appellatum a pigno quia res quae pignori dantur manu traduntur. Pignus a pigno*, disent les Romains, afin de défendre cette appréhension matérielle qui est indispensable au gage ; la chose passe du débiteur au créancier, *ad creditorem transit*, le débiteur ne conserve plus le droit de disposer matériellement de sa chose, il n'en a plus le maniement.

Mais le gage est autre chose encore que le simple transfert de la détention de la chose, le gagiste est mis en possession de la chose et ce droit à la possession, *possession ad interdicta* (1), disaient les Romains est un véritable droit réel sur la chose ; en vertu de ce droit le créancier gagiste régulièrement nanti a non seulement l'apparence de la propriété sur la chose comme l'aurait un fermier, un locataire, un précariste, il a de plus un véritable droit réel sur celle-ci, droit réel qui lui permet de revendiquer son gage entre les mains des tiers qui peuvent le détenir, droit réel qui lui permet d'opposer sa bonne foi et le bénéfice de l'article 2.279 au véritable propriétaire qui viendrait revendiquer le gage indument délivré.

Ainsi le créancier gagiste régulièrement nanti possède la possession-détention de la chose. Et ce transfert de la possession-détention doit s'effectuer réellement, que la sûreté con-

(1) Possession distincte de la possession nécessaire à l'acquisition de la propriété par prescription ou *possessio ad prescriptionem*.

sentie porte un droit corporel ou sur un droit incorporel ; que le débiteur donne en gage un cheval ou un fonds de commerce, il devra transférer dans les deux cas la possession-détention de son droit et faire en sorte dans ses deux cas, que le créancier gagiste acquiert l'apparence extérieure du véritable propriétaire du cheval ou du fonds.

25. La question n'aurait présenté aucune difficulté si notre ancien droit n'avait apporté en cette matière une confusion regrettable. Sous prétexte que le gage exige la main-mise du créancier sur la chose, nos anciens auteurs s'imaginèrent longtemps que le gage ne pouvait porter que sur une chose que l'on pouvait réellement prendre et saisir matériellement.

« A l'égard des choses incorporelles, telles sont les dettes actives elles ne sont pas suscepitbles du contrat de nantissement puisqu'elles ne sont pas susceptibles de tradition réelle qui est l'essence même du contrat », affirmait Pothier dans sa première édition du *Traité du Nantissement*, n° 6.

Ainsi au dix-huitième siècle encore nous retrouvons une conséquence regrettable de la confusion ancienne des choses matérielles avec les droits qui les frappent et de la distinction artificielle des droits corporels et des droits incorporels. Or nous savons que cette distinction n'a philosophiquement aucun sens puisqu'elle consiste à séparer d'un côté les choses et de l'autre les droits, c'est-à-dire à comparer deux catégories qui n'ont aucun caractère commun, étant de nature profondément différente.

En réalité, le gage, transfert de possession-détention, peut s'accomplir, que l'on gage un droit corporel, droit de propriété sur une chose matérielle, ou bien un droit incorporel, droit de propriété sur une universalité, un patrimoine, un fonds de commerce ; dans les deux cas on peut accorder au créancier l'exercice extérieur de la propriété. Il n'y a aucune difficulté à comprendre le gage de droits incorporels réels, complètement assimilables aux droits réels corporels. Mais comment concevoir le gage d'un droit de créance, d'un droit incorporel personnel ?

La difficulté soulignée par Pothier ne pouvait se présenter que pour le gage de ces droits.

En effet, si l'on conçoit facilement le transfert de possession-détention d'un droit réel corporel ou incorporel, droit de puissance actuel sur une chose, le créancier gagiste acqué-

rant alors l'exercice extérieur de droit de puissance sur la chose, il paraît impossible de transférer la possession-détention d'un droit de créance, droit de puissance différée jusqu'au jour de l'échéance de la dette.

Et cependant un droit de créance est un bien, une richesse qui peut faire l'objet de transaction, et qui, par suite, peut être utilisé comme moyen de crédit, puisque comme le disent les Romains : *Quod emptionem venditionem recepit etiam pignerationem recepere potest* (Gaius, D. XX. I.).

Aussi bien notre ancien droit admit-il, à la fin du dix-huitième siècle, la possibilité de gager les créances et Pothier, dans l'édition de 1766, de ses œuvres, revint sur sa première décision et rapporta l'arrêt du 18 mars 1769 (Denisard, *Collection des décisions nouvelles, sous le mot nantissement*, n° 19) qui, traduisant le pasage de Gaius, admettait que tout ce qui peut être acheté et vendu peut être, à ce titre, objet de gage.

Le législateur de 1804 (1) reprit à son tour la disposition romaine, conformément à la pratique de nos Parlements, et reconnut le gage des créances aussi bien que le gage d'un cheval ou d'une table, et ce gage, admit-il, se réalise par un mode analogue à la cession de créance, l'emprunteur remet son titre de créance au créancier gagiste et celui-ci, pour sauvegarder son droit vis-à-vis des tiers, pour publier quant à eux son apparente qualité de créancier, doit signifier son gage au débiteur de la créance cédée.

« Le privilège établi en l'article précédent, stipule l'article 2.075 du C. C., ne s'établit sur les meubles incorporels tels que les créances mobilières que par acte public ou sous seing privé aussi enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage. »

Mais remarquons immédiatement le défaut de terminologie de l'article 2.075 : « le privilège ne s'établit sur les meubles incorporels tels que les créances mobilières », affirme le législateur qui semble distinguer aussi non les droits réels des droits personnels, mais les droits corporels des droits incorporels comme si ceux-ci étaient uniquement composés de créances. Il y a là évidemment une confusion regrettable qui nous expliquera bien des erreurs de jurisprudence.

En réalité l'article 2.075 ne s'applique qu'à un seul droit

(1) Travaux préparatoires du Code civil. Fenet X, p. 193, p. 203 sous art. 2075. Voir entre autres le discours du tribun Gary devant le corps législatif.

incorporel, le droit personnel de créance, la lecture des travaux préparatoires (discussion devant le corps législatif, rapport au Tribunat) ne laisse d'ailleurs aucun doute à ce sujet ; le législateur n'a eu en vue que le gage des créances et il exige pour en assurer la validité, l'exécution des mêmes formalités que pour leur cession pure et simple.

Les autres droits incorporels, droits réels, droits de puissance, doivent donc être mis en la possession du créancier gagiste et l'exception de l'article 2.075 ne s'explique qu'en vertu de la nature même du droit de créance dont on ne conçoit pas d'autre mode de dépossession, puisqu'il s'agit quant à eux non pas d'un droit de puissance actuel mais d'un droit de puissance différé, par suite inexistant actuellement, droit dont on ne peut concevoir le transfert de possession actuel, si ce n'est par la tradition du titre qui le représente et la signification de la cession au débiteur.

L'article 2.075 serait d'ailleurs absolument inapplicable aux droits incorporels réels pour la bonne raison qu'il n'existe aucun débiteur de ces droits et parce qu'on ne peut vraiment admettre que c'est posséder et détenir un droit réel que d'en détenir tout simplement le titre.

26. Par suite, le gage d'un droit réel incorporel tel que le gage du droit de propriété d'un commerçant sur son fonds de commerce ne peut se réaliser que par la remise effective du fonds entre les mains du créancier, que par le dessaisissement du débiteur, que par l'acquisition par le créancier-gagiste, de l'apparence extérieure de la propriété du fonds.

Tel est, en réalité, le vrai gage du fonds de commerce. Mais, remarquons immédiatement que si un tel mode de sûreté est juridiquement possible, il est le plus souvent irréalisable en pratique, car si le débiteur donnait vraiment son fonds en gage il se retirerait, par là même, la possibilité d'acquitter sa dette et de gagner sa vie ; d'autre part, le créancier étant le plus souvent absolument incompétent pour assurer la gérance du fonds, le fonds de commerce inexploité s'effriterait rapidement dans ses mains et perdrait bientôt toute sa valeur.

Ainsi, devons-nous abandonner ce mode de sûreté impraticable en notre espèce et chercher parmi les autres formes techniques une garantie réelle qui puisse être utilement offerte au créancier et au débiteur.

27. Connaissant les désavantages du gage en ce qui

concerne le fonds de commerce et les qualités que devra posséder la garantie utilisable en l'espèce, la pensée de l'hypothèque nous vient immédiatement à l'esprit puisque l'hypothèque a été spécialement inventée par les Grecs et les Romains pour permettre, dans une hypothèse semblable à l'hypothèse actuelle, aux cultivateurs et aux artisans de donner leurs instruments de travail en garantie de leur dette, tout en en gardant la détention afin de pouvoir acquitter leur obligation ; puisque l'hypothèque consiste non plus dans le transfert immédiat de la possession de la chose comme en matière de gage, mais dans le transfert différé, transfert à l'échéance de la dette dans le cas où, à cette époque, celle-ci n'est pas encore éteinte.

L'hypothèque semblerait donc tout à fait indiquée en notre matière ; elle serait toute indiquée pour permettre au débiteur de garder son fonds de commerce, qui est son seul moyen d'existence, et dispenser le créancier de prendre possession de celui-ci et de provoquer ainsi, faute de pouvoir l'exploiter, son extinction rapide. Malheureusement, si économiquement, l'emploi de cette forme eut été extrêmement souhaitable, on n'y pouvait songer dans l'état actuel de notre législation positive. En effet, le fonds de commerce est un droit mobilier, or notre droit français repousse toute idée d'hypothèque mobilière. En vertu des articles 2.118 et 2.119 combinés, meubles n'ont pas de suite par hypothèque, meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque ; on ne peut donc songer à hypothéquer le fonds de commerce quoique, en ce qui le concerne, l'hypothèque n'ait pas le moins du monde, les inconvénients qu'elle aurait s'il s'agissait d'hypothéquer un cheval, ou une machine, le fonds de commerce étant une valeur peu mouvante, pouvant fort bien permettre l'établissement d'une publicité sérieuse et efficace. Mais en droit positif l'interdiction subsiste, le fonds de commerce n'est pas susceptible d'hypothèque.

28. A côté du gage et de l'hypothèque, modes perfectionnés de sûreté qui portent uniquement sur la possession des biens le droit romain connaissait encore un autre groupe de sûretés beaucoup plus sévères, portant sur la propriété même. Certes, il nous semble complètement inutile de nous arrêter, ne fusse que quelques instants, sur la fiducie primitive pure et simple, qui consiste dans le transfert immédiat de

la propriété et de la détention de la chose avec promesse de rendre lors du remboursement de la créance. Cette forme technique présente plus de désavantage encore que le gage lui-même, elle est économiquement très peu recommandable en notre matière (1).

Mais avant de créer l'hypothèque en vue d'échapper aux inconvénients qu'entraînent le dessaisissement dans le gage, les Romains utilisèrent la fiducie pour permettre au cultivateur ou à l'artisan de donner ses outils, son bétail en garantie des avances qui leur étaient consenties. Nous voulons parler de la fiducie accompagnée d'une clause de précaire, clause de louage, qui permettait au débiteur qui a transféré la propriété de son bien en garantie de sa dette, d'en conserver néanmoins la détention comme précariste ou locataire et d'en continuer ainsi l'exploitation fructueuse.

Cette forme peut se réaliser de trois manières différentes.

1° La propriété peut être transférée purement et simplement, le transfert s'accompagnant seulement d'une promesse de rendre de la part du créancier, dans le cas où sa créance lui serait remboursée.

2° La propriété peut être transférée sous condition résolutoire, le transfert tombant alors rétroactivement lors de l'extinction de la créance sans qu'il soit besoin d'un retransfert spécial.

3° La propriété peut être transférée sans condition suspensive, cette condition devant se réaliser si, lors de l'échéance de la dette, celle-ci ne peut être acquittée.

Mais dans l'état actuel de notre droit français, cette troisième forme est certainement irréalisable par suite de la fraude indirecte qu'elle constitue à l'article 2.078 du Code civil qui frappe de nullité toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage à l'échéance de la dette. Par contre, théoriquement, les deux autres formes accompagnées d'une clause de relocation ou précaire sont, juridiquement et économiquement admissibles en notre espèce.

---

(1) La fiducie n'est nullement disparue de notre droit français. Cette forme technique est encore expressément consacrée par l'ordonnance du 15 juin 1834 (art. 2) en ce qui concerne les titres donnés à la Banque de France en garantie des avances consenties par celle-ci.

D'ailleurs, dans une hypothèse analogue, avant la reconnaissance de l'hypothèque des navires, ces formes techniques étaient parfaitement employées par le commerce maritime en vue d'éviter les inconvénients de la dépossession dans le gage des navires qui constituaient eux-mêmes le seul instrument d'enrichissement de leur propriétaire (voir Reims, 29 décembre 1849, S. 51, 2. 155. Requête' 2 juillet 1856, S. 57, 1. 56. Caen, 7 février 1878, S. 79, 2. 6). Rien n'empêchait donc et rien n'empêche encore, ainsi que nous le verrons au cours du dernier chapitre du présent travail, de constituer dans le fonds de commerce une fiducie avec clause de précaire. Le commerçant emprunteur peut céder à son prêteur la propriété de son fonds et celui-ci s'engager à le lui retransférer lors du remboursement de sa créance ; immédiatement après le transfert de propriété, sans qu'il ait été encore procédé à aucun transfert de détention, le prêteur, nouveau propriétaire du fonds, peut acorder à l'emprunteur le droit à la détention du fonds dont celui-ci continuera ainsi à assurer l'exploitation soit comme locataire (la location pouvant alors représenter l'intérêt de la créance), soit comme précariste pur et simple (1). L'inconvénient de la fiducie et du gage se trouve alors supprimé, le débiteur conserve la détention de son fonds et peut ainsi, grâce au gain qu'il peut réaliser, acquitter sa dette puis recouvrir la libre disposition de son bien, tandis que le créancier, d'autre part, est parfaitement garanti contre l'insolvabilité de son débiteur puisque, lors de l'échéance de la dette, si celui-ci ne peut remplir ses obligations, il se saisit du fonds pour l'aliéner ou l'exploiter lui-même.

3o. Ainsi la fiducie avec clause de précaire permet d'utiliser économiquement le fonds de commerce comme moyen de crédit, mais cette forme est brutale et sévère car, à l'échéance de la dette elle permet au créancier de s'emparer purement et simplement du fonds, quoique la valeur de celui-ci dépasse le plus souvent sensiblement le chiffre de créance.

Cependant ne pourrait-on pas concevoir un gage avec clause de précaire qui, tout en ayant les avantages de la forme précitée n'en auraient pas les inconvéients puisque à l'échéance

---

(1) Tradition *brevi manu*, *constitut possessoire*, sont les termes techniques qui désignent une telle opération.

de la dette, le créancier-gagiste ne deviendrait nullement propriétaire du fonds, mais devrait, au contraire, en opérer la réalisation suivant une procédure laissant toute garantie au débiteur qui est dans l'impossibilité d'acquitter son obligation.

Bref, peut-on concevoir une forme technique particulière que nous appelerions : le gage sans dessaisissement, le gage sans détention et qui rationnellement constituerait une forme forme technique distincte de l'hypothèque (1).

Nous croyons pouvoir répondre par l'affirmative à cette question, le gage sans dessaisissement est parfaitement réalisable, et c'est, dans l'état actuel de notre droit français, une forme technique distincte de l'hypothèque.

Le commerçant emprunteur cède à son prêteur la possession-détention de son fonds, c'est-à-dire il lui donne réellement son fonds en gage en lui accordant tous les droits du gagiste ; droit réel à la possession, droit de revendication en cas de dépossession du gage, et bénéfice de l'article 2.279 si le vrai propriétaire d'un meuble corporel compris dans le fonds donné en gage vient revendiquer sa chose.

Puis, par le même acte, au moyen d'une clause de précaire, le créancier-gagiste retransfère la détention de la chose au débiteur, détention précaire qui lui laisse, à lui créancier, son droit à la possession actuelle, son droit de revendication, son droit au bénéfice de l'article 2.279.

Bref, le gage sans dessaisissement ainsi compris diffère du gage ordinaire en ce que le créancier n'a nullement à se préoccuper de l'exploitation du fonds qui est laissé au débiteur

---

(1) C'est, en droit français, une forme distincte de l'hypothèque par suite de l'existence de l'art. 2.279. Ainsi que nous allons le voir, le créancier bénéficiaire d'un gage sans dessaisissement a la possession de la chose sinon sa détention ; le créancier hypothécaire, au contraire, n'a ni la possession ni la détention de la chose, il ne possède qu'un droit essentiel à cette possession pour le cas ou, à l'échéance de la dette, celle-ci ne se trouve pas acquittée. Ainsi le créancier gagiste sans dessaisissement peut seul invoquer le bénéfice de l'art. 2.279, le créancier hypothécaire, en admettant que l'hypothèque fut applicable aux meubles, ne pourrait nullement en bénéficier. Les dispositions de l'art. 2.279 ne se retrouvant nullement en droit romain, aucun intérêt ne pouvait exister à Rome de distinguer ces deux formes et c'est ce qui nous explique que nous ne trouvions dans les textes latins aucun indice, aucune allusion à la forme que nous dénommons aujourd'hui gage sans dessaisissement ou gage sans détention.

propriétaire ; il diffère de l'hypothèque en ce que le créancier a malgré tout, un droit actuel à la possession du fonds, et peut ainsi opposer sa bonne foi, en vertu de l'article 2.279, à quiconque vient lui opposer l'existence d'un droit propre sur quelque élément matériel rentrant dans la composition du fonds.

31. Mais si la forme technique du gage sans dessaisissement se conçoit rationnellement et semble possible législativement, est en contradiction absolue avec les exigences de l'article 2.076 du C. C. français et, par suite, ne peut être admise que si un texte précis vient neutraliser les dispositions formelles de cet article.

La nécessité du dessaisissement dans le gage est une condition essentielle de la validité du contrat ; elle a été établie d'abord et surtout dans l'intérêt du créancier, à qui elle donne une sécurité absolue ; d'autre part, elle constitue pour les tiers un mode efficace d'avertissement que le patrimoine du débiteur se trouve en partie affecté à la garantie spéciale d'une créance. Comme le fait parfaitement remarquer M. Beudant, le dessaisissement joue dans le gage le rôle que réalise l'inscription dans l'hypothèque, c'est un moyen de sûreté pour le créancier, et de publicité pour les tiers.

Si, à la rigueur, il peut être permis à un créancier d'être plus ou moins exigeant en ce qui concerne les sûretés exigibles d'un débiteur, si l'on peut concevoir qu'une convention de gage sans dessaisissement puisse être obligatoire entre les parties par la seule force de leur consentement, le Code, avec raison, considère que cette convention ne liera pas les tiers et ne donnera vis-à-vis d'eux aucun privilège au créancier sur la chose gagée.

Mais si la publicité du privilège peut se réaliser vis-à-vis des tiers par un autre procédé que le dessaisissement du débiteur et la détention du créancier, aucune raison n'interdit plus l'emploi de cette forme de sûreté, et de fait nous voyons le législateur l'adopter dans plusieurs hypothèses où la détention du gage par le créancier consommait la ruine du débiteur qui a un besoin absolu des objets donnés en gage pour continuer à produire et acquitter sa dette.

32. L'idée du gage sans dessaisissement apparut pour la première fois dans notre législation, en matière de crédit agricole. L'étude de cette forme fit l'objet de nombreux tra-

vaux, donna lieu à des études fort intéressantes et à des rapports très documentés devant les commissions législatives, rapports dont plusieurs portent comme titre l'expression significative suivante : *Du nantissement sans déplacement du gage* (Proposition Delaunay, Sénat 183, 31 juillet, D.P.S. 464); et M. Chastenet, dans son rapport à la Chambre des députés sur la loi des warrants agricoles (année 97, n° 2.869), analyse fort clairement cette nouvelle forme technique, dans ces termes que nous nous plaisons à reproduire ici : « Les produits engagés ayant la représentation légale du warrant, la remise au créancier du titre représentatif peut constituer la tradition qu'exigent les principes en matière de constitution de gage. En même temps, il s'est opéré une sorte de tradition *brevi manu* ou quasi tradition des produits warrantes de telle sorte que le propriétaire de ces produits se trouvera détenir sa propre chose pour le compte du créancier-gagiste et à titre de dépositaire avec toutes les conséquences de droit qui en découlent. A cette tradition, dont le caractère occulte pourrait ne pas suffire à protéger les tiers s'ajoute une publicité spéciale sur le registre du greffe de la justice de paix. » L'idée de M. Chastenet fut adoptée par le législateur et, le 18 juillet 1898, paraissait la loi sur les warrants agricoles qui étendait à toute la France l'institution adoptée en 1851 et 1874 pour la Martinique, la Guadeloupe, la Réunion, le Sénégal en faveur des Banques Coloniales agricoles.

Ainsi il n'est pas douteux qu'à la fin du dix-neuvième siècle le législateur français ait eu notion de la forme technique spéciale que nous appelons le gage sans dessaisissement, il l'appliquait en faveur du crédit agricole ainsi que l'avait appliquée le législateur suisse (lois de 1851 et de 1893), le législateur belge (loi du 15 avril 1884), le législateur italien (loi du 23 janvier 1887), il appliqua de même en faveur du crédit commercial dans le gage du fonds de commerce.

Le 1er mars 1898, en effet, le législateur supprima, en matière de nantissement du fonds, l'exigence de l'article 2076 du Code civil, l'exigence de la mise en possession du créancier ou des tiers convenu, et comme il le fit en matière du warrant agricole, il remplaça la publicité du dessaisissement par une simple inscription du nantissement sur un registre

spécial tenu au greffe du tribunal de commerce de la situation du fonds (1).

L'intention du législateur de créer dans notre espèce un gage sans dessaissement est d'ailleurs indéniable ; à maintes reprises, M. Thésard, rapporteur du projet de loi au Sénat, emploie lui-même cette expression pour qualifier la forme qu'il avait adoptée comme l'avait déjà employée le rapporteur de la loi sur les warrants agricoles. (Voir rapport Thésard, D.P. 5, 1897, page 811.) (2).

33. Ainsi, il n'est pas douteux que, depuis 1898, il soit possible de donner le fonds de commerce en gage tout en maintenant à l'emprunteur la détention du fonds, mais remarquons bien encore que pour qu'une telle forme technique pût être réalisée, il fallait absolument une intervention du législateur ; jusqu'en 1898, par suite de la disposition formelle de l'article 2.076 du Code de Commerce, le gage sans dessaisissement ne pouvait nullement s'accomplir, seul le gage pur et simple, le gage avec dessaisissement était juridiquement possible. Nous savons d'ailleurs que, économiquement, cette dernière forme était absolument inutilisable, puisqu'elle retirait au commerçant toute possibilité d'acquitter sa créance en lui enlevant son instrument de travail ; jusqu'en 1898, juridiquement et économiquement, seule la forme fiduciaire avec clause de précaire pouvait donc être employée en pratique, et cependant cette forme ne fut jamais appliquée, car, bien avant 1898, violant ouvertement les exigences de l'article 2.076 du Code Civil, la jurisprudence de la Cour de Cassation et des Cours d'Appel autorisa le gage sans déplacement du fonds, sous le

---

(1) On sait qu'en matière de warrants agricoles la publicité se réalise par une inscription sur un registre spécial tenu au greffe de la justice de paix.

2) Notons cependant que M. Millerand, auteur de la proposition de loi, ne s'était nullement douté qu'il donnait ainsi le jour à une nouvelle forme de sûreté ; il affirmait que son projet, qui consistait simplement dans l'adjonction de quelques lignes à l'article 2095 du Code civil, ne faisait aucune brèche au système du législateur de 1804 (D. P. C. 1895, p. 516, n° 1324). Suivant en cela la jurisprudence de la Cour de cassation que nous étudierons plus loin, il s'imaginait, en effet, que le Code civil proclamait dans son article 2075, le gage sans déplacement de tout droit incorporel réel ou personnel, pour lui le nouveau projet ne faisait donc que confirmer cette solution législative en la complétant simplement par l'institution d'un mode de publicité spécial.

fallacieux prétexte que, meuble incorporel, il était régi par l'article 2.075 du Code Civil qui n'exigeait aucun transfert de détention pour la validité du gage (Grenoble, 16 avril 1886, Requête, 13 mars 1888, S. 88, 1.302 ; Paris, 21 juillet 1892, D. 93, 2.108 ; Lyon, 14 mars 1895 et Paris, 4 janvier 1896 (S. 97, 2. 89) ; Paris, 6 juin 1896, D. 96, 2.471 ; Paris, 22 octobre 1896, D. 97, 2. 343 ; Paris, 24 décembre 1896, D. 98, 2,24 ; Paris, 7 août 1897, D. 98, 2. 437).

Ainsi que nous l'avons déjà observé, en effet, bien avant 1898 et avec juste raison, la jurisprudence admettait que le fonds de commerce constituait une universalité juridique (une universalité *sui generis* pour mieux dire), et, partant, un meuble incorporel. Mais, nous le savons déjà, la qualité du meuble incorporel n'écarte nullement l'exigence de l'application de l'article 2.076 du Code Civil quand le droit incorporel donné en gage est un droit réel et non pas un droit personnel pur et simple. C'est donc à tort que la jurisprudence appliquait au gage du fonds l'article 2.075 qui ne peut s'appliquer qu'aux créances. En quoi d'ailleurs les tiers pouvaient-ils être prévenus du gage si on se contentait, pour sa constitution, d'un acte public ou sous seing privé enregistré ?

La jurisprudence, à la vérité, s'était fort bien rendu compte de cet inconvénient et, en vue d'assurer au gage une apparence de publicité, il lui était venu à l'idée de bâtir, à l'usage du fonds de commerce, une théorie un peu spéciale de l'universalité théorie dont la simple exposition dénote l'incohérence.

Suivant la jurisprudence, le fonds de commerce était une universalité, mais cette universalité était tantôt corporelle, tantôt incorporelle, elle était corporelle quand les valeurs corporelles l'emportaient dans sa composition, elle était incorporelle quand les éléments incorporels avaient une valeur supérieure à la valeur des éléments corporels. Si le fonds était de nature corporelle, il ne pouvait être donné en gage que si le débiteur s'en dessaisissait ; s'il était de nature incorporelle, en vertu de l'article 2.075, le débiteur n'avait pas à s'en dessaisir, il n'avait qu'à remettre à son créancier son titre d'acquisition du fonds et à exécuter simplement les formalités que l'on a coutume d'observer quant au gage au droit au bail, il devait transférer au créancier son titre de bail et notifier au

bailleur le gage de celui-ci (1) ; ainsi la jurisprudence accrochait artificiellement tout le fonds de commerce au droit au bail, afin de pouvoir remplir artificiellement les formalités de l'article 2.075.

34. Il nous sera facile de discuter rapidement cette ancienne pratique. Si, comme l'admet la jurisprudence (Requête 13 mars 1888; S. 88, 1. 302), le fonds de commerce est une universalité, cet ensemble indivisible ne peut posséder qu'une nature, nature incorporelle même si la majorité des éléments qui la composent est de nature corporelle. D'autre part, tous ces éléments composants sont entraînés, absorbés dans le bien nouveau, dans l'universalité, le droit au bail lui-même n'est pas un droit distinct, mais un simple élément de l'ensemble et c'est contredire l'idée d'universalité que de vouloir le considérer séparément des autres éléments, et remplir, quant à lui, spécialement les formalités concernant le nantissement des créances.

En réalité, il n'est nullement besoin de violenter ainsi les textes et les principes ; son gage doit se réaliser conformément aux exigences de l'article 2.076 du Code Civil, l'article 2.075 ne lui est pas applicable.

Aussi bien la jurisprudence des Cours d'Appel et de la Cour de Cassation était aussi critiquable au point de vue économique qu'au point de vue juridique. En admettant que

---

(1) Il est, en effet, aujourd'hui de jurisprudence constante qu'un locataire peut donner son droit de bail en gage sans avoir pour cela même à céder immédiatement la jouissance des lieux. Rappelons cependant que cette solution ne fut pas adoptée sans discussion. Un arrêt de Lyon du 1er décembre 1857 et de Grenoble du 4 janvier 1860 avaient décidé la dépossession complète du locataire, c'est-à-dire la tradition des locaux. Cette jurisprudence repoussée par la Cour de cassation (13 avril 1859, S., 61, 1, 718 avait été soutenue par une partie de la doctrine (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1861, p. 1, article de M. Dumolard) avec une certaine raison, croyons-nous. Il est certain que le droit du locataire est autre chose qu'un droit de créance pur et simple auquel est applicable l'art. 2.075 ; le locataire jouit d'un droit actuel puisqu'il occupe actuellement les lieux ; le gage n'étant autre chose que le transfert de possession du droit, du créancier gagiste, le gage du bail actuellement en cours devrait se réaliser par le transfert de la possession du droit d'occupation actuelle, c'est-à-dire par le dessaisissement des locaux. Mais il certain qu'aujourd'hui la question n'est plus qu'une question théorique, une question historique, la coutume du gage du droit au bail sans dessaisissement s'est profondément établie, elle est maintenant indiscutable et indiscutée malgré la disposition formelle de l'art. 2.076 du C. C.

les éléments incorporels l'emportent sur les éléments corporels, l'observance des formalités établies par la jurisprudence était impossible si le propriétaire du fonds exploitait celui-ci dans son propre local ; et d'ailleurs, croyait-on que la notification du gage du bail de l'immeuble à son propriétaire constituait une publicité suffisante ? En réalité c'était là n'avertir qu'un seul des créanciers du propriétaire du fonds, et un créancier ayant fort peu d'intérêts dans l'affaire, ses droits étant parfaitement sauvegardés par l'existence de son propre droit de gage sur les marchandises et sur le matériel abrités dans l'immeuble.

Et les tribunaux de commerce, composés de négociants pleins d'expérience et rompus à la pratique des affaires, s'étaient bien aperçus du caractère erroné et artificiel de la jurisprudence des Cours d'Appel et de la Cour de Cassation ; jamais ils ne voulurent admettre qu'un négociant pût donner son fonds en gage tout en restant saisi de celui-ci et garder ainsi l'apparence d'une solvabilité garantie ; régulièrement les tribunaux de commerce annulèrent donc les gages sans déplacement du fonds et jusqu'en 1898, en vue de sauvegarder toujours l'intérêt de la masse des créanciers, ils refusèrent de se plier à la jurisprudence des juridictions supérieures exigeant toujours l'application de l'article 2.076, c'est-à-dire le déplacement du fonds (1).

Devant ce conflit de jurisprudence, le législateur ne pouvait rester passif, il intervint le 1er mars 1898 en consacrant la validité du gage sans déplacement du fonds, établissant,

---

(1) Seine 9 janvier 1892. J. des T. de C. 93, p. 162. Seine 24 août 1893 et 14 avril 1894, S., 97, 2, 89. 13 décembre 1894, G. du P., 95, 1, 67. 26 février 1895, S., 97, 2, 89. 16 août 1895, G. du P. 95, 2, 348. 6 mars 1896, G. du P. 96, 1, 591. 28 octobre 1896, G. du P. 98, 1, 603 Certains tribunaux de commerce allèrent même jusqu'à interdire purement et simplement le gage du fonds de commerce. « Si le nantissement du fonds de commerce sans dessaisissement est nul comme contraire aux prescriptions de la loi en matière de gage, disait le Tribunal de commerce de la Seine, 18 janvier 1896, S. 97, 2, 89, le gage avec dessaisissement est également nul comme constituant une condition impossible aux termes de l'art. 1.172 du C. C. ». Nous ne pouvons approuver cette jurisprudence, bien entendu le gage pur et simple du fonds de commerce est peu pratiqué, c'est vrai, mais il n'est nullement contraire à l'ordre public et c'est avec raison que la jurisprudence admet encore aujourd'hui l'emploi de cette forme technique qui, dans certaines hypothèses peut présenter encore des avantages sérieux.

comme seule publicité du gage l'inscription de celui-ci sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce de la situation du fonds.

35. Mais les commerçants accueillirent assez mal la réforme de 1898.

La tendance du commerce a toujours été d'établir le plus possible l'égalité entre créanciers et de supprimer les causes de préférence si nombreuses en droit civil. Le crédit commercial est avant tout un crédit personnel, et c'est dans ce sens que s'est dirigée toute son évolution historique. Or, le gage du fonds de commerce, tel qu'il était compris par le législateur de 1898, comprenait tous les éléments du fonds de commerce et, en particulier, les marchandises ; autant dire qu'il absorbait tout le crédit du débiteur qui, par suite, ne pouvait plus emprunter qu'à son créancier-gagiste sous la dépendance absolue duquel il allait se trouver désormais, créancier-gagiste qui était le plus souvent un marchand de gros dont il ne pouvait plus discuter ni les prix, ni les conditions de vente.

36. D'autre part, la loi avait laissé sans solution une foule de problèmes (1).

1° Que devait contenir l'inscription ? Devait-elle indiquer le montant de la créance, le taux de l'intérêt de celui-ci ?

La jurisprudence ne l'exigeait pas, avec raison croyons-nous, et se contentait, pour valider l'inscription, d'exiger que celle-ci ne laisse au tiers aucun doute sur l'identité du fonds donné en gage, sur l'identité du débiteur et celle du créancier (Rennes, 25 janvier 1901, D. 1.903, 2. 176 ; Rouen, 20 novembre 1901, G. du P. 1.902, 1. 152 ; Dijon, 27 mars 1902, G. du P. 1.902, 139). Les renseignements en question ne sont en effet jamais fournis aux tiers quand un objet est réellement donné en gage, avec dessaisissement.

2° Pour inscrire le nantissement, le greffier devait-il exiger un acte écrit de gage ?

Théoriquement, nul écrit ne pouvait être exigé, le gage constituant le plus souvent une opération commerciale ;

---

(1) Rappelons, en effet, que le législateur s'était contenté d'ajouter quelques lignes à l'art. 2.075 du Code civil et en vue de trancher très rapidement le différend qui existait entre les tribunaux judiciaires et les tribunaux consulaires, s'était volontairement abstenu de réglementer en détail la nouvelle forme qu'il instituait.

cependant le greffier exigeait la production d'un écrit et la signature du déclarant dans le procès-verbal de déclaration du gage, afin de garder la preuve de la réquisition dont il avait été l'objet, car faute de l'existence de bordereaux aucune pièce ne lui restait en mains.

3° Quel était le délai d'inscription ?

Aucun délai ne pouvait être fixé, l'inscription pouvait être prise à toute époque et les créanciers qui avaient fait confiance à un commerçant étaient ainsi exposés, quelques jours avant la faillite, à voir se dévoiler un privilège constitué depuis longtemps déjà mais resté occulte jusqu'alors.

4° Quels événements pouvaient arrêter le cours des inscriptions ? Les articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce étaient-ils applicables ?

5° Que garantissait l'inscription au greffe, garantissait-elle tous les intérêts de la créance ?

6° Quelle était la durée de l'inscription ?

7° Comment jouait la publicité ?

8° Quelle était la procédure de radiation ?

9° Le privilège du créancier-gagiste était-il susceptible de purge ?

38. Cette imperfection manifeste de la loi de 1898 justifiait aisément les critiques que firent les commerçants au gage du fonds de commerce et l'attitude hostile des tribunaux consulaires. Ajoutons même que certains groupements commerciaux (2) demandèrent purement et simplement l'abrogation de la loi de 1898, et la suppression absolue de ce mode de sûreté ; en effet, prétendaient-ils, le gage du fonds de commerce est une institution vaine, le privilège du créancier-gagiste n'a l'occasion de s'exercer que lorsque le commerçant ne fait plus ses affaires, c'est-à-dire lorsque le fonds de commerce s'est éteint, car, à cette époque, la clientèle a fui, la marque, l'enseigne, le nom commercial n'ont plus aucune valeur, les marchandises et le matériel ont été liquidés par avance, bref le gage s'évanouit au moment même où l'insolvabilité se produit.

En vérité, cette dernière théorie n'était pas défendable,

---

(2) Chambres de commerce de Dijon, Chalon-sur-Saône, Beauvais, Grenoble et délibération de l'assemblée des présidents des Chambres de commerce de France.

elle reposait sur des exagérations manifestes ; le gage du fonds de commerce pouvait être extrêmement utile au crédit commercial à condition qu'il fût bien organisé ; si des réformes à la loi de 1898 s'imposaient, il ne pouvait être question de l'abroger complètement.

39. Dès 1899, le gouvernement déposa donc un nouveau projet de loi réglementant la publicité du nantissement (projet Lebret, 25 février 1899, D. P. C. 1899, n° 724, page 814) et en 1902 M. le député Authier élabora lui-même une proposition dont l'objet principal était de soustraire au nantissement les éléments corporels du fonds et d'établir une publicité complémentaire du gage. D'autre part, le nantissement du fonds de commerce, fit l'objet, à la même époque, d'une étude extrêmement détaillée, à la Société d'études législatives et donna lieu à l'élaboration d'un projet de loi dont M. Percerou, l'éminent professeur de la faculté de Paris, alors professeur à Dijon, fut le rapporteur.

Ce projet, reproduit au *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, année 1903, page 218 et suivantes, inspira notablement M. le sénateur Cordelet qui lui-même, le 21 mars 1905, déposa sur le bureau du Sénat une proposition de loi sur la vente et le gage du fonds de commerce. Cette proposition, après de longues discussions et de nombreux renvois aux commissions législatives des deux Chambres, devint enfin la loi du 17 mars 1909, loi longue et de lecture difficile, loi émanant d'un juriste distingué qui connaît à fond la procédure, mais loi dénuée de méthode et de conception générale, loi qui ne pose aucune définition, et qui refuse intentionnellement de prendre parti sur toutes les théories doctrinales concernant le fonds de commerce ou le gage.

Aussi la complexité de cette loi de 1909 a-t-elle suscité une foule de procès nouveaux. Par suite, M. Cordelet, conscient de l'imperfection de son œuvre, élabora, en 1912, un nouveau projet de loi qui, abrogeant la loi de 1909, reprend complètement toute la question de la vente et du gage du fonds. Mais malheureusement, le nouveau projet, voté par le Sénat le 31 mai 1918, est plus long encore, et aussi confus que la loi de 1909 ; il comprend une foule de solutions de détail qu'on aurait pu se dispenser d'énumérer si l'on avait fait précéder la loi de l'exposé des principes généraux qui régissent la matière.

Toujours est-il qu'actuellement encore nous sommes gouvernés par la loi du 17 mars 1909, qui n'a nullement modifié la forme technique adoptée par la loi de 1898 ; certes, le législateur a retiré cette réglementation du gage, du titre du nantissement du livre III du Code civil ; il a étendu au nantissement du fonds, l'institution de la purge qui était jusqu'alors purement hypothécaire, en matière d'inscription il a emprunté à l'hypothèque un certain nombre de dispositions spéciales, disons même que souvent, dans son rapport, M. Cordelet emploie le terme d'hypothèque mobilière pour désigner la sûreté établie par la loi de 1909 (1), mais en réalité nous ne trouvons nulle part dans cette loi la preuve que le législateur ait voulu supprimer la forme adoptée par le législateur de 1898, pour la remplacer par une autre forme qui serait l'hypothèque mobilière, il faut d'ailleurs bien avouer que la différence qui existe entre ces deux formes, différence que nous aurons maintes fois l'occasion de signaler au cours des chapitres qui vont suivre, lui a en partie échappée comme elle a d'ailleurs échappé à la grande majorité de la doctrine qui continue à enseigner que « la loi du 1er mars 1898 a permis d'hypothéquer le fonds de commerce, mais qu'elle a, par une erreur certaine appelé cette hypothèque un nantissement (Planiol, *Traité Elémentaire*, tome II, § 2.709). En effet, expose ce savant auteur, ce qui distingue le gage de l'hypothèque, c'est le dessaisissement du débiteur qui perd la possession de l'objet délivré en gage dont le créancier est désormais nanti. Or, le prétendu nantissement du fonds de commerce se fait sans dessaisissement, et la loi a organisé pour lui au moyen de registres spéciaux tenus au greffe du tribunal de commerce, un système de publicité comparable à celui des hypothèques. Il est assez étrange de voir le législateur créer une hypothèque nouvelle sous un faux nom et ne pas s'en apercevoir... » (2).

---

(1) Voir Do. P. S. 1905, annexe 73, p. 151. De même, au cours de son rapport de 1914, annexe 336, p. 744, M. Cordelet affirme encore que le privilège attaché au nantissement du fonds constitue une véritable hypothèque mobilière.

(2) Voir en ce sens Baudry-Lacantinerie I nº 81, Percerou (Note au Dalloz 1911, 2, 313). Wahl (Noté du Sirey 1901, 2, 153, § 4). Saleilles (*Bulletin d'études législatives*, 1903, p. 383). Gény (*Cours de droit civil*, deuxième année). Lyon-Caen (*Traité de droit commercial*, onzième édition, p. 360 § 440),

Les explications que nous avons données plus haut nous dispensent de réfuter longuement cette affirmation ; nous savons que si l'hypothèque est un transfert différé de la possession-détention d'un bien, le gage sans dessaisissement est un transfert immédiat de la possession sans transfert de détention, ce qui en fait une forme intermédiaire entre le gage et l'hypothèque permettant au titulaire du privilège de bénéficier des avantages d'une possession de bonne foi quand les conditions établies par l'article 2.279 du Code civil se trouvent réalisées quant à lui.

Nous allons donc étudier en détail cette forme spéciale adoptée en 1898, puis en 1909, forme qui, encore une fois, est la seule utilisée pratiquement aujourd'hui.

Gallard (*De l'hypothèque mobilière sur les fonds de commerce*, Thèse Paris, 21 juin 1902) de Cornulier-Lucinière *Du nantissement des fonds de commerce*, Thèse Nancy 1903) etc.

DEUXIÈME PARTIE

Étude de la forme adoptée par la loi du 17 mars 1909.

TITRE I

Constitution du gage.

Généralités.

40. Le contrat de gage sur fonds de commerce, établi par le législateur de 1898 et de 1909, est un contrat par lequel le débiteur lui-même, ou un tiers, remet à son créancier, comme sûreté de sa créance, la possession d'un fonds de commerce dont il garde par devers lui la détention de fait.

Ce transfert de possession se réalise par la seule volonté des parties, mais il n'est opposable aux tiers que par la publication du contrat au greffe du tribunal de commerce de la situation du fonds ; cette publication joue, en l'espèce, un rôle analogue au dessaisissement dans le gage, elle confère au créancier gagiste, vis-à-vis des tiers, la possession du fonds.

Ainsi, à la suite du contrat de nantissement, un changement s'est opéré dans l'animus du commerçant emprunteur détenteur du fonds ; ce n'est pas pour son compte qu'il détient désormais celui-ci, c'est pour le compte du prêteur qui a personnellement la possession de droit et en pourra opposer le bénéfice aux tiers, toutes les fois que se trouveront remplies les conditions énumérées par l'article 2.279 du Code civil.

Le contrat de nantissement est donc un contrat réel ; en effet, il se réalise par un transfert immédiat de la possession du fonds de l'emprunteur au prêteur. C'est, d'autre part, un contrat unilatéral comme le gage pur et simple.

On pourrait conclure de ce dernier caractère que, lorsque le gage ne sera pas consenti en matière commerciale, la formalité du double original ne sera pas exigée si le contrat est constaté par acte sous seing privé.

Pratiquement cependant, on rédige non pas un seul, mais trois exemplaires du contrat, un original restant entre les

mains de chaque partie, et un autre étant nécessaire à l'inscription du privilège par le greffe du tribunal de commerce, qui le conserve dans ses archives (article 24, loi de 1909) ; mais le paragraphe 3 de l'article 1.325 du Code civil ne sera jamais applicable, il ne sera nullement besoin que chaque original contienne la mention du nombre des originaux qui ont été dressés.

41. Tels sont les caractères généraux du contrat de nantissement ; quant au droit du créancier nanti, c'est un droit réel mobilier indivisible accessoire d'un droit de créance qu'il garantit. Ce droit réel spécial permet au créancier nanti d'invoquer, vis-à-vis des tiers, le bénéfice de l'article 2.279 quant aux éléments corporels du fonds ; il lui permet, en outre, de suivre le fonds *in globo*, en quelques mains qu'il se trouve, et de se faire payer par préférence sur le prix.

1° *C'est un droit mobilier incorporel.* — Pour en disposer, il faudra donc, au créancier gagiste, la capacité de disposer d'un droit incorporel. (Application de la loi du 27 février 1880, en ce qui concerne le mineur.)

2° *C'est un droit accessoire.* — Le droit du créancier nanti ne peut exister sans une obligation lui servant de support, obligation civile ou commerciale, obligation naturelle, créance actuelle, future ou conditionnelle (1). Si l'obligation à garantir ne prend pas naissance, le gage du fonds de commerce reste nul, si l'obligation s'éteint ou se transmet, le gage s'éteint ou se transmet avec elle ; bref, le nantissement suit le sort de la créance comme l'accessoire suit le principal.

Nous aurons l'occasion d'étudier les conséquences de ce principe quand, au cours de ce travail, nous étudierons la transmission du gage, les obligations commerciales au porteur garanties par un gage sur fonds de commerce, et la transmission par endossement des effets de commerce garantis par le même privilège.

3° *C'est un droit indivisible* (2). — Toute la dette est

1) Le gage sur fonds de commerce est fréquemment consenti en garantie d'ouvertures de crédits.

(2) De même qu'en matière d'hypothèque, l'indivisibilité du gage sans dépossession est de sa nature mais non de son essence ; les parties peuvent fort bien l'écarter par une convention particulière en stipulant, par exemple, que les payements partiels déchargeront du gage tels éléments du fonds : les brevets, les marques, les dessins, le matériel par exemple.

garantie par chaque partie du fonds, et tout le fonds garantit chaque partie de la dette. Et ce caractère d'indivisibilité du fonds distingue nettement le privilège au gagiste du privilège du vendeur de fonds de commerce, tel qu'il a été établi par la loi de 1909. Le privilège du vendeur se subdivise, en réalité, en trois privilèges : privilège sur les marchandises, privilège sur le matériel, privilège sur les éléments incorporels du fonds, privilèges qui, chacun, garantissent une part de la créance du prix et ne peuvent garantir que cette part. (Article 1, loi de 1909.) Ce caractère divisible du privilège du vendeur, nettement défavorable à l'intérêt de celui-ci, nous explique pourquoi, aujourd'hui encore, nous voyons le vendeur compléter son propre privilège par un privilège spécial de créancier gagiste en se faisant consentir, dès la vente, un nantissement sur le fonds.

4° Ajoutons enfin que le privilège du créancier nanti affecte le fonds de la façon la plus complète et la plus absolue. Si le fonds est affecté à la garantie de plusieurs dettes et que le créancier premier en rang soit payé, son droit au gage disparaît, mais le droit au gage du deuxième créancier s'étend alors sur tout le fonds, qu'il absorbe entièrement.

42. Ces différents caractères n'ont d'ailleurs rien de spécial au gage sans dépossession, nous les retrouvons dans toutes les autres sûretés, gage pur et simple et hypothèque, il est donc inutile que nous insistions plus longtemps sur ces notions générales ; nous allons entrer, sans retard, dans le vif de notre sujet et étudier, dans les chapitres qui vont suivre, les différentes conditions de validité du contrat dans la personne du constituant, c'est-à-dire du propriétaire du fonds, puis les conditions de validité dans la personne du créancier gagiste. Nous ferons ensuite l'étude de l'objet du contrat, c'est-à-dire des éléments du fonds de commerce dont le législateur a autorisé le gage, enfin nous examinerons dans un dernier chapitre les conditions de forme de contrat et les conditions mixtes de fond et de formes, parmi lesquelles nous rangerons les conditions relatives à la publicité.

CHAPITRE PREMIER

Les conditions de validité en la personne du constituant et du créancier.

1° Conditions de validité en la personne du constituant.

43. Le contrat de nantissement se réalise par le transfert immédiat au créancier gagiste de la possession du fonds et l'attribution d'un droit de réalisation dudit fonds pour le cas où, à l'échéance de la dette, le débiteur se trouve dans l'impossibilité de se libérer de celle-ci.

Il en résulte donc qu'il est nécessaire, pour que le contrat soit valable :

1° Que le constituant puisse disposer immédiatement de la possession et de la propriété du fonds ;

2° Qu'il soit capable d'aliéner ce droit ;

3° Qu'il ait la volonté de constituer réellement un gage, c'est-à-dire que sa volonté ne soit pas viciée par le dol, l'erreur ou la violence.

D'où la division en trois paragraphes de cette section première.

1° Il faut que le oonstituant puisse disposer immédiatement de la possession et de la propriété du fonds.

Le transfert immédiat de possession est l'objet même du contrat ; si le constituant n'a pas la possession, le transfert est impossible et le contrat ne peut se réaliser faute d'objet, il est inexistant.

Nous en déduisons donc :

1° *Qu'est inexistant le gage constitué sur un fonds de commerce dont la création est seulement en projet au moment de la conclusion du contrat* ou sur un fonds qui manque à cet instant de tous les éléments nécessaires à son fonctionnement.

Ainsi en décide la jurisprudence (Bourges, 29 avril

1901, S. 1902, 2. 273 (voir la note en sens contraire de M. le professeur Wahl) ; Nîmes, 1er avril 1914, *Gazette des Tribunaux*, 9 septembre 1914 ; Tribunal de Commerce de Marseille, 25 avril 1913, *Gazette du Palais*, 1914, 1.91.

Faisons remarquer immédiatement que cette solution est donnée aussi en matière de gage pur et simple, et diffère entièrement de celle qui est donnée en matière hypothécaire tant par la loi (article 2.130 C. C.) que par la jurisprudence. En effet, l'hypothèque n'étant autre chose qu'un transfert différé de la possession à l'échéance de la dette, rien n'empêche sa constitution sur un bien à venir, dont la possession pourra être transférée à l'époque convenue.

45. 2° *De même est inexistant le gage constitué sur un fonds dont le débiteur n'était pas propriétaire au moment de la conclusion du contrat* (1).

En effet, le fonds de commerce est un meuble incorporel, et l'article 2.279 ne lui est pas applicable quand on l'envisage *in globo* ; le créancier qui aurait reçu à titre de nantissement un fonds de commerce d'un détenteur précaire ne pourrait nullement se prévaloir de la maxime : « en fait de meuble, possession vaut titre », pour conserver son gage ; un détenteur précaire ne peut nullement transférer la possession du fond au sens où nous l'avons entendue jusqu'ici, le contrat est donc inexistant, et l'acquisition postérieure de la propriété par le constituant ne pourrait valider le contrat qui, mort-né, ne peut ressusciter.

Telle est toujours la solution de la jurisprudence (2).

Ici encore, notre conclusion diffère de ce qu'elle serait en matière d'hypothèque. Quand cette forme est employé, doctrine et jurisprudence admettent avec raison, en effet, que l'hypothèque est parfaitement validée si le débiteur devient propriétaire du fonds qu'il a hypothéqué ou si le véritable propriétaire ratifie postérieurement la constitution d'hypothèque (3).

---

(1) Ou n'avait pas reçu du véritable propriétaire un mandat spécial et exprès de constitution de gage.

(2) En ce sens : Cassation 17 décembre 1873, S., 74, 1, 409, dans une hypothèse analogue.

(3) Remarquons cependant dans ces deux hypothèses que si un emprunteur ne peut donner en gage un fonds dont la création est seulement en projet ou un fonds dont il n'est pas encore propriétaire il peut, par contre, contracter valablement la promesse de consentir un gage lorsque les conditions de celui-

46. Ainsi donc, en matière de fonds de commerce, tout autant qu'en matière immobilière, il importe au créancier de connaître le vrai propriétaire du fonds. Aussi, la conférence des présidents de tribunaux de commerce de France, réunie à Paris le 9 juin 1913, avait-elle proposé d'imposer, à peine de nullité à l'égard des tiers, la transcription de toute mutation de propriété de fonds de commerce sur un registre spécial dont la lecture aurait permis à chaque instant de se rendre compte avec certitude de la personnalité du propriétaire du fonds. La commission souhaitait donc la création d'un registre du commerce susceptible de réaliser cette publicité.

Dans son nouveau projet de loi, élaboré pour compléter la loi de 1909, M. Cordelet examina ce désir, mais ne crut pas devoir lui donner satisfaction, sous prétexte que la transcription des mutations de fonds de commerce imposerait au commerce et à l'industrie une charge très lourde dont la nécessité n'était pas démontrée.

Cependant, les vœux des tribunaux de commerce ont été en partie réalisés par la création du registre du commerce qui a fait l'objet des lois du 18 mars 1919 et 26 juin 1920. Actuellement, tout commerçant doit se faire immatriculer sur le registre du commerce et faire inscrire sur ledit registre, au fur et à mesure de leur avènement, tous les événements susceptibles de modifier sa capacité, son régime matrimonial, ou l'étendue de son droit de propriété sur ce fonds.

Ainsi toute mutation de propriété doit être obligatoirement mentionnée sur le registre du commerce, mais aujourd'hui comme autrefois le transfert se réalise par le seul consentement des parties, la sanction du défaut d'inscription ne consiste nullement dans l'inopposabilité aux tiers de la cession de propriété ainsi qu'en dispose relativement aux immeubles l'article 939 du Code civil et la loi du 23 mars 1855,

---

ci se trouveront réalisées. Bien entendu le créancier de la promesse de gage ne possèdera aucun droit réel sur le fonds tant que le gage lui-même ne sera pas consenti mais il pourra obliger judiciairement le débiteur à exécuter son obligation de faire et obtenir, le cas échéant, des dommages-intérêts si celui-ci refuse d'accomplir sa promesse. A défaut d'une manifestation expresse, claire, précise de la volonté des parties, c'est toujours dans le sens de la promesse de gage que la jurisprudence devra interpréter le contrat qui aura un tel fonds pour objet.

la sanction est une simple amende dont il faudra certainement regretter l'inefficacité (1).

Le gage du fonds de commerce d'autrui est donc inexistant, car l'article 2.279 ne s'applique pas aux meubles incorporels.

Mais que devons-nous décider, si le fonds de commerce étant bien la propriété du constituant, celui-ci n'était que détenteur précaire des éléments corporels, rentrait dans la composition du fonds, était par exemple détenteur précaire d'une partie du matériel compris dans la condition de gage ?

Le créancier gagiste pourra-t-il à bon droit se considérer comme étant régulièrement nanti de ce matériel appartenant à un autre que le constituant ? Pourra-t-il opposer au propriétaire dudit matériel l'article 2.279 pour en repousser la revendication ?

Nous l'admettons sans conteste ; le nantissement du fonds de commerce, régulièrement publié, met le créancier nanti dans la situation d'un créancier gagiste pur et simple en lui accordant la possession du fonds ; or il n'est pas douteux que celui-ci eût opposé au propriétaire du matériel, d'abord son droit de rétention (que ne possède pas le créancier nanti qui n'a pas la détention du fonds), mais encore la priorité de son privilège en application des dispositions de l'article 2.279.

Le créancier nanti de la possession du fonds peut invoquer aussi légitimement le bénéfice de l'article 2.279, et de fait telle est encore ici la solution de la jurisprudence qui s'est prononcée à plusieurs reprises en ce sens en matière de warrants agricole, autre exemple de gage sans détention. Cette jurisprudence (Bordeaux, 16 décembre 1912, S. 14, 2. 249 , note Bourcard dans le sens de l'arrêt ; D. 13. 2. 258, note contraire de Loynes ; Civile Cassation, 23 avril 1918, D. 1919, 1. 33 ; note Capitant dans le sens de l'arrêt) doit être entièrement approuvée et on ne peut qu'applaudir la note magistrale de M. Capitant, le savant professeur de l'Université de Paris, qui dissipe tous les doutes à ce sujet. Comme le fait parfaitement remarquer dans la *Revue trimestrielle de droit civil*

(1) Ajoutons, d'autre part, que le registre du commerce ne s'applique qu'aux commerçants et que, par suite, rien ne permet de publier les mutations qui se produisent dans la propriété d'un fonds de commerce d'artisan.

(année 1914), M. Demogue, professeur à la Faculté de Paris « cette solution est un pas de plus fait dans la voie de la sécurité dynamique, car elle favorise celui qui s'est fié aux apparences raisonnables ». La même raison s'applique en notre matière ; le créancier gagiste s'est fié aux apparences raisonnables en prenant de bonne foi un gage sur le matériel du fonds de commerce, il n'a aucune faute à se reprocher puisque le but même de la loi est de le dispenser de se saisir du gage tandis que, au contraire, le propriétaire du matériel est victime de la trop grande confiance qu'il a témoignée au propriétaire du fonds ; il doit donc être le seul à supporter les conséquences de sa faute.

Nous retrouverons d'ailleurs en détail cette question quand nous étudierons plus particulièrement les conflits qui peuvent s'élever entre le créancier gagiste et les différents titulaires de droits réels sur tout ou partie du fonds de commerce.

48. Ainsi on ne peut constituer de gage sur un fonds de commerce encore inexistant, ou sur un fonds dont on n'a pas la propriété globale.

Par contre, on peut très bien donner en gage un fonds dont on est propriétaire mais dont on n'a pas la détention actuelle ; rien n'empêche par exemple de donner en gage un fonds que l'on a loué ou cédé précairement.

49. Enfin de même qu'en matière de gage pur et simple, un objet peut être donné en nantissement à plusieurs personnes à la fois, le premier gagiste se trouvant alors prendre qualité de tiers détenteur vis-à-vis des gagistes subséquents, de même en notre espèce, en vertu d'une décision expresse de la loi de 1909 (article 12) le fonds de commerce peut être affecté à la garantie de plusieurs créances appartenant à plusieurs personnes, le rang des créanciers gagistes étant alors déterminé par le rang de leurs inscriptions. Cette solution est parfaitement heureuse, elle permet au commerçant une utilisation rationnelle et complète de son fonds comme moyen de crédit ; on ne peut que l'approuver entièrement et regretter en passant la solution contraire qui a été donnée par le législateur en matière de warrant hôtelier dans les articles 13 et 14 de la loi du 8 août 1913.

2° Il faut que le propriétaire du fonds soit capable d'aliéner son bien.

50. Tôt ou tard le gage du fonds de commerce peut aboutir à la réalisation, à l'aliénation du fonds, il faut donc que le constituant ait capacité d'aliéner son bien, c'est-à-dire capacité de disposer d'une valeur mobilière incorporelle.

Nous devons envisager deux hypothèses en cette matière :

1° Le propriétaire du fonds est un commerçant et le gage est consenti dans l'intérêt de son commerce.

Dans ce cas aucune formalité spéciale ne peut être exigée, que le commerçant soit une femme mariée, un mineur émancipé ou un majeur.

51. 2° Le propriétaire du fonds est un non commerçant, ou s'il est commerçant, le gage n'est pas consenti dans l'intérêt de son commerce.

Nous devons appliquer en cette matière les règles du droit civil en nous souvenant qu'universalité *sui generis* le fonds de commerce est toujours un meuble incorporel.

A. *Le propriétaire du fonds est un mineur non émancipé.* — Observons donc les prescriptions de la loi du 27 février 1880. Le gage ne pourra être conclu par le tuteur qu'après une autorisation du conseil de famille dont la délibération devra être homologuée par le tribunal, si, suivant l'opinion du conseil, la valeur du fonds dépasse 1.500 francs.

B. *Mineur émancipé.* — Ces formalités s'appliqueront aux mineurs émancipés au cours de la tutelle par une autre circonstance que leur propre mariage. Les mineurs émancipés par le mariage et les mineurs émancipés avant l'ouverture de la tutelle pourront consentir le gage du fonds de commerce avec la seule autorisation de leur curateur.

C. *Interdit.* — Mêmes formalités que pour le mineur non émancipé.

D. *Individu doté d'un conseil judiciaire.* — Le gage ne pourra être consenti sans l'autorisation du conseil judiciaire.

E. *Femme mariée :*

a) Régime de la communauté légale. — Le fonds de commerce, meuble incorporel, tombe dans la communauté, la femme n'a donc aucun pouvoir pour en disposer par elle-même.

b) Régime de la communauté réduite aux acquets ou ré-

gime sans communauté. — Si le fonds de commerce est en propre à la femme, celle-ci ne pourra le gager qu'après autorisation du mari et à défaut de celle-ci qu'après autorisation du tribunal civil, le gage ne portant alors que sur la nue-propriété du fonds.

c) Séparation de biens. — Avec l'autorisation du mari, ou à défaut avec l'autorisation du tribunal, la femme pourra donner en gage son fonds en pleine propriété.

d) Régime dotal. — Si le fonds de commerce est compris dans les paraphernaux, même solution qu'en matière de séparation de biens. S'il est compris dans la dot, le mari, administrateur de la dot, pourra gager le fonds. Au contraire, si la dot a fait retour à la femme, celle-ci ne pourra constituer aucun gage sur le fonds par suite de l'inaliénabilité de la dot mobilière, du fait de la femme. (Principe que la jurisprudence n'applique pas au mari.)

e) Fonds de commerce acquis par la femme à l'aide de ses propres salaires. — Le fonds de commerce fait alors partie des biens réservés de la femme, bien dont elle possède l'administration et le droit de disposition (article 133, loi du 13 juillet 1907), la femme pourra donc le gager librement.

En ce qui concerne la femme en particulier, les questions de capacité pourront souvent se poser, car très fréquemment la femme exploite des fonds de commerce sans être pour cela commerçante, fonds de commerce de couturière, coiffeuse, pédicure, manucure, etc., fonds de commerce d'artisans et non de commerçants.

52. En effet, il ne semble pas douteux, comme le fait fort justement remarquer M. Thaller dans son cours sur les fonds de commerce, professé à l'Université de Paris pendant l'année 1916-17, que la législation des fonds de commerce doit être étendue aux non commerçants, aux artisans.

Extension de la législation des fonds de commerce aux non commerçants

Le cercle légal des commerçants est en effet des plus étroits ; le Code de commerce n'a pas défini la profession commerciale, il a énuméré dans ses articles 632 et 633 une série d'actes dont l'accomplissement habituel rend leur auteur commerçant et, en dehors ce cercle, il est admis que les professions ne sont plus commerciales. Or, à côté des métiers énumérés

par le code, et en dehors des professions libérales et des professions agricoles, s'exerce une série de petites professions qui qui sont les professions des artisans.

On appelle artisan, l'individu qui se charge d'un travail commandé par un consommateur, confectionne ou répare des produits déjà parvenus chez celui qui s'en sert ou qui veut s'en servir ; l'artisan travaille sur commande, il ne spécule pas sur la matière, il ne risque pas comme le commerçant qui travaille à l'avance et s'expose à la mévente. De même, sont encore artisans et non pas commerçants, tous les hommes qui donnent des soins à la personne : les coiffeurs, pédicures, manucures, les propriétaires d'établissements de bain, etc.

Toutes ces professions sont évidemment moins importantes que les professions énumérées dans l'article 632 mais, cependant, il n'empêche que l'artisan possède lui aussi un magasin, un matériel, une clientèle, une enseigne, bref un ensemble de biens qui constitue indéniablement une richesse, richesse qu'il peut vendre, gager, richesse que nous avons dénommée fonds de commerce, suivant en cela la coutume consacrée par la loi.

Certes, il incontestable que l'artisan échappe à la compétence du tribunal de commerce (1) et au régime des faillites, le Code de commerce est formel ; mais, par contre, la loi du 17 mars 1909 ne limite aucunement son bénéfice aux seuls commerçants, et bien que le législateur n'ait pas étendu positivement l'application de cette loi aux artisans, car, en réalité, le législateur n'a pas vu le problème, nous devons suivre en l'espèce l'usage de la pratique et obéir aux nécessités de la raison en permettant aux artisans de constituer sur leur fonds la seule sûreté qui soit économiquement réalisable, c'est-à-dire le gage sans déplacement qui est validé par la loi de 1909. Cette solution nous est dictée par la raison, l'artisan, comme tout autre négociant, a le droit de faire de son fonds un moyen de crédit ; cette solution est la solution adoptée en pratique ainsi que nous en témoigne la statistique insérée à la fin du rapport Cordelet de 1914 (D. P. S. 1914, N° 336) statistique où figurent des inscriptions de nantissements constitués sur des fonds d'emballeurs, d'encadreurs, de propriétaires d'établissements de bains, de coiffeurs, couturières, modistes, etc.

---

(1) Si l'on admet qu'il possède un fonds de commerce on devra cependant accepter l'application des articles 15 et suivants de la loi de 1905 qui donne compétence au tribunal de commerce pour procéder à la réalisation du fonds.

Mais de ce que l'artisan ne peut bénéficier des dispositions du titre premier du code de commerce, nous devrons en conclure que les règles de capacité du Code civil s'appliqueront entièrement à son gage, ainsi d'ailleurs que nous l'avons déjà fait remarquer quelques lignes plus haut. On ne peut que regretter cette solution illogique et souhaiter enfin l'élargissement de l'énumération des articles 632 et 633 qui datent de plus d'un siècle et dont l'étroitesse est extrêmement gênante aujourd'hui.

53. Avant de quitter le domaine de la capacité, il nous reste un problème délicat à résoudre, dans quelles conditions pourra-t-on permettre au gérant ou à l'administrateur d'une société commerciale par actions de gager un fonds de commerce ? Peut-il, dans le silence des statuts gager le fonds en toute liberté ?

Gage du fonds de commerce dans une société commerciale par actions

Une Société créée dans un but d'exploitation industrielle ou commerciale peut posséder deux sortes de fonds de commerce : 1° le fonds de commerce de la Société même, fonds de commerce social qui ne peut être aliéné sans entraîner la dissolution de la Société ; 2° des fonds de commerce annexes qui peuvent être cédés, gagés, échangés sans entraîner pour cela la moindre perturbation sociale.

Prenons un exemple : toute brasserie possède d'abord son fonds de commerce social, fonds de commerce de brasserie comprenant clientèle, matériel de brasserie, marque de brasserie, etc. ; elle possède d'autre part une série de fonds de commerce annexes, fonds de commerce de limonadiers, cafetiers, restaurateurs, etc.

Le fonds de commerce social ne peut être aliéné sans que soit liquidée la société, ou tout au moins sans que soit complètement modifié son objet ; au contraire, la vente, l'échange, des fonds de commerce de restaurateurs et de débitants qu'elle possède, ne menace pas directement l'existence de l'affaire.

Le gérant ou l'administrateur de la société a-t-il capacité pour aliéner ou gager librement l'un ou l'autre de ces fonds ? En général les statuts lui laissent toute liberté pour aliéner les biens meubles de la société, va-t-il pour cela pouvoir menacer

l'existence de celle-ci en garantissant un emprunt par un gage sur le fonds de commerce social ?

1° *Gage des fonds de commerce annexes.* — Sauf interdiction spéciale des statuts, nous admettons que l'administrateur (1) de la société par action peut gager son fonds de commerce annexe comme il peut aliéner ou gager toute valeur mobilière appartenant à la société commerciale.

Gage du fonds de commerce social. — Le gage pouvant entraîner la dissolution de la société par suite de l'aliénation du fonds, nous admettons que l'administrateur ne pourra gager le fonds sans autorisation de l'assemblée générale des actionnaires, assemblée extraordinaire statuant dans les formes et dans les conditions réglementées par la loi du 12 novembre 1913, ainsi qu'il en est quand il s'agit de prononcer par anticipation la dissolution de la société.

3° **Il faut que le propriétaire du fonds ait librement voulu constituer un gage et qu'il ne l'ait pas consenti en fraude des créanciers.**

Autrement dit, il faut que la volonté du constituant soit consciente d'elle-même, qu'elle soit libre de tout vice, erreur, violence ou vol. Aucune difficulté sur ce sujet.

D'autre part, il faut que le gage n'ait pas été consenti en fraude des créanciers — si le propriétaire est un non commerçant ceux-ci pourront toujours utiliser l'action Paulienne — et si le propriétaire est commerçant le législateur de 1909 a stipulé expressément que les articles 446 et 447 du Code de commerce seraient applicables en la matière. Aussi sont nuls et de nul effet relativement à la masse, si le commerçant est tombé en faillite ou a été déclaré en état de liquidation judiciaire, les nantissements consentis depuis la date de cessation du paiement ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque, pour des dettes antérieurement contractées (article 446).

---

(1) Nous employons avec intention ce terme imprécis d'administrateur sous lequel nous englobons aussi bien le gérant d'une commandite par actions que l'administrateur délégué d'une société anonyme ou même le conseil d'administration de celle-ci si les statuts de la société confèrent à un conseil la gérance de l'affaire.

Tout autre gage consenti en garantie de dettes concomitantes pourra être annulé s'il a été conclu depuis la date de cessation de paiement, avant la déclaration de faillite, à condition que le créancier ait eu connaissance de la cessation de paiement du constituant du gage (1).

Telles sont, rapidement énumérées, les conditions de validité du contrat dans la personne du constituant. Nous allons étudier maintenant dans une deuxième section qui sera extrêmement courte, les conditions de validité dans la personne du créancier.

II. Conditions de validité dans la personne du créancier.

55. Aucune condition spéciale de capacité en ce qui concerne le créancier qui doit simplement pouvoir rendre sa condition meilleure.

Par suite, un mineur non émancipé pourra accepter un gage sur fonds de commerce (ce qui ne lui impose en effet nulle obligation à accomplir des actes de commerce) de même un simple gérant d'affaire pourra accepter un gage sans procuration du maître de l'affaire.

On peut donc fort bien concevoir la constitution d'un gage au profit d'une personne indéterminée, au profit de l'endosseur d'un effet de commerce ou au porteur d'une créance. Nous examinerons ces diverses hypothèses au cours de notre chapitre consacré à l'étude de la transmission du gage.

III. — Sanction des incapacités.

56. Nous n'avons rien de particulier à noter sur ce point ; le droit commun s'applique dans toute sa plénitude, dans le sens de la nullité ou de l'inexistence du contrat, suivant les circonstances.

(1) Nous étudierons plus loin cette question dans notre titre consacré au droit de préférence.

CHAPITRE II

Objet et étendue du nantissement.

57. Le fonds de commerce, ainsi que nous l'avons admis plus haut, constitue une universalité *sui generis*, c'est un ensemble de biens susceptible de servir de base à l'exploitation d'un commerce. Suivant la coutume française, le fonds de commerce est un ensemble de biens mobiliers, les uns incorporels : clientèle, non commercial, marques, brevets, dessins, modèles, droit au bail ; les autres corporels : matériel et marchandises.

A première vue on comprendrait donc que le gage du fonds de commerce porte sur tous ces éléments et donne au créancier gagiste privilège sur ces multiples biens lors de la réalisation du fonds ; mais un privilège aussi étendu accordé à une seule personne sur la presque totalité des biens d'un commerçant, troublerait, ainsi que l'expérience le démontra surabondamment de 1898 à 1909, la vie commerciale du pays et serait nettement contraire à l'intérêt général bien compris.

La tendance commerciale, en effet, qui n'est ici que l'expression de la volonté légitime de la société, est d'établir le plus possible l'égalité entre les créanciers et de supprimer entre eux les causes de préférence (1) ; admettre que l'on peut, à l'aide d'un nantissement, acquérir un privilège sur tous les éléments d'un fonds de commerce, était aller à l'encontre de cette tendance. Aussi comprenons-nous aisément le mouvement de protestation du commerce contre l'innovation du législateur de 1898 qui avait établi sans réserve le gage sans déplacement du fonds.

---

(1) Art. 2.129 du Code civil : prohibition de l'hypothèque générale conventionnelle ; art. 550 du Code de commerce : prive le vendeur de meubles de son privilège occulte ; loi de 1872 : restreint le privilège du bailleur, etc.

Dans sa remarquable étude sur le gage du fonds de commerce, M. Percerou reprit les observations des Chambres de Commerce qui demandaient non pas la suppression pure et simple du gage, mais la limitation de son objet (1) et le législateur en tint compte à son tour dans l'article 9 de la loi de 1909, article qui limite sensiblement, conformément aux désirs de la pratique, l'étendue du privilège du gagiste (2) en supprimant entre autres, tout privilège sur les marchandises du fonds.

Ainsi, depuis 1909 le privilège du créancier gagiste ne peut plus porter sur tous les éléments du fonds. Aux termes de l'article 9, il portera toujours sur l'enseigne le nom commercial le droit au bail, la clientèle, l'achalandage.

Il pourra porter en plus, à condition qu'une convention

---

(1) Chambres de commerce de Bourg, Boulogne-sur-Mer, Annonay.

(2) Notons cependant que depuis 1909 il a été question de permettre à nouveau de comprendre les marchandises dans le gage. Tel fut, en effet, le vœu de la commission extra-parlementaire pour la réforme bancaire, commission réunie en 1911 en vue d'étudier l'organisation bancaire actuelle et de déterminer les lacunes en ce qui concerne les prêts aux petits commerçants et industriels. M. Casimir Petit, administrateur délégué de la Société centrale des Banques de Province, p. 22 de son rapport, exprime franchement le désir de voir rentrer les marchandises dans le gage du fonds. « Actuellement, nous dit-il, le nantissement ne portant que sur le matériel sujet à dépréciation et sur le pas de porte souvent inexistant et en général surestimé n'a qu'une efficacité morale insuffisante pour l'assiette du crédit. Par contre l'évaluation des marchandises en stock ou en fabrication pourrait constituer, par des moyens appropriés, une base plus certaine... » En réalité, nous ne partageons nullement le désir de M. Petit, le créancier gagiste ne retirerait qu'un mince avantage de sa réalisation, les marchandises se trouvant le plus souvent liquidées lors de la vente forcée du fonds et, d'autre part, une telle extension du privilège du gagiste devant exposer le débiteur à se faire refuser tout crédit de la part de ses fournisseurs puisque son patrimoine se trouverait entièrement absorbé par le privilège du gagiste. En réalité, tel qu'il est organisé, le gage du fonds de commerce peut rendre de sérieux services à la Banque. Le droit de réalisation du fonds lui permet de précipiter la liquidation d'une société qui gage son fonds, lui permet d'échapper, dans une certaine mesure, aux lenteurs et aux risques de la faillite et d'éviter ainsi les effets souvent désastreux des concordats et règlements transactionnels institués par la loi du 2 juillet 1919. Ajoutons, d'ailleurs, ainsi que nous le verrons plus loin, que la banque, aussi bien que tout autre créancier gagiste, pourra toujours étendre conventionnellement l'art. 2.131 du Code civil à son propre contrat de gage, ce qui lui permettra de surveiller attentivement la comptabilité et l'activité du fonds de commerce nanti dont il pourra ainsi par anticipation exiger la réalisation dès qu'il courra un risque relativement au remboursement de sa créance. (Voir n° 81.)

spéciale ait été comprise dans l'acte de gage, sur le mobilier commercial, le matériel, l'outillage, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique, les dessins, modèles industriels, et généralement tous les droits de propriété industrielle et artistique qui y sont attachés.

Il ne pourra jamais porter sur les marchandises, qui cependant, remarquons le bien, font toujours partie du fonds de commerce et sont réalisées en même temps que les autres éléments du fonds lors de la mise en vente de celui-ci ; et bien entendu, il ne porte pas davantage sur certains éléments du patrimoine commercial du négociant, éléments que la coutume française ne range pas parmi les éléments du fonds de commerce, nous voulons parler des immeubles commerciaux et des créances proprement commerciales.

Nous allons étudier en détail dans les sections qui vont suivre, les différents éléments du fonds de commerce qui sont objets du privilège du gagiste ; mais auparavant il nous est nécessaire de faire quelques observations sur l'objet du gage en général.

Observations préliminaires.

58. L'objet du nantissement est le transfert immédiat de la possession du fonds de commerce, transfert de possession qui sera suivi d'un transfert de propriété si le créancier doit réaliser son gage à l'échéance de la dette faute du paiement de celle-ci.

Donc, la constitution d'un gage n'étant le plus souvent qu'une cession différée, on ne pourra consentir celui-ci que sur un fonds de commerce qui pourra être cédé.

Or on peut céder, et par conséquent gager *les fonds de commerce contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* dont l'exploitation même est interdite : fonds de commerce de trafic d'esclaves (décret du 27 avril 1848 modifié par les lois du 11 février 1851 et 28 mai 1858), exploitation de maisons de jeux de hasard (410 C. P.), entreprise de contrebande (loi du 28 avril 1816), commerce de gravures et de tableaux obscènes (loi du 16 mars 1898), etc.

On ne peut de même gager *un fonds dont l'objet serait l'exploitation d'une industrie ou d'un négoce monopolisé* par

l'Etat : fabrication et vente de tabac (1), d'allumettes, de poudre de guerre, monnaie, transport des lettres et de journaux, communications télégraphiques et téléphoniques, etc.

59. Que décider pour *les industries qui ont fait l'objet d'une concession administrative*, industries qui ont pour objet l'exploitation privée d'une distribution d'éclairage par le gaz ou l'électricité par exemple?

En principe, ces différentes industries peuvent être cédées et par suite gagées, mais il importera lors de la constitution du gage, d'examiner soigneusement l'acte de concession qui le plus souvent impose des conditions sévères à la cession de l'industrie concédée, ces conditions devant être reproduites dans le cahier des charges de l'adjudication seront parfois susceptibles d'écarter un certain nombre d'acheteurs et par suite de limiter beaucoup la valeur de cession du fonds de commerce concédé.

D'autre part, il faut bien remarquer que le nantissement ne pourra porter que sur les éléments du fonds qui sont aliénables, éléments qui n'ont pas été incorporés au domaine public conformément aux dispositions de l'acte de concession. Il en est ainsi le plus souvent du matériel d'exploitation pour la plus grande partie tout au moins.

Aussi verrons-nous assez rarement des gages se constituer sur des entreprises concédées, cependant rien ne le interdit théoriquement, et de fait la Cour de Toulouse par un arrêt du 30 avril 1913 (*Gazette du Palais*, 1913, 2. 49) n'hésita pas à en reconnaître la validité.

---

(1) En ce qui concerne les débits de tabac, il nous semble utile de nous attarder quelque peu. Le titulaire d'un bureau de tabac a reçu une fonction publique dépendant de la régie française. Il ne peut donc pas plus disposer de son bureau qu'on ne peut en général disposer d'une fonction publique. Cependant le titulaire est autorisé à se faire remplacer dans la gérance et le gérant lui-même peut disposer de sa gérance, le tout avec l'autorisation de l'administration. Cependant on ne peut nullement assimiler cette cession à la cession d'un fonds de commerce, ce qui est cédé ce n'est pas le débit appartenant à l'Etat, c'est le droit d'exploiter une concession, ce sont les avantages que procure la gérance. La loi de 1909 n'est donc nullement applicable en la matière,. Mais souvent un fonds de commerce est exploité à côté du bureau de tabac, fonds de commerce de marchand de vins, de marchand d'articles de fumeurs, ce fonds peut être alors parfaitement nanti mais le privilège du gagiste ne porte que sur son prix de vente et nullement sur le prix de cession de la gérance du bureau. (Voir en ce sens, arrêt de Dijon 20 juin 1912, S., 14, 2, 1.)

De même nous admettons parfaitement la validité du gage constitué sur un *fonds de commerce dont l'exploitation nécessite la possession d'un diplôme :* pharmacie par exemple. Nous n'exigeons nullement du créancier gagiste la possession d'un semblable diplôme, il lui suffira simplement pour obéir aux prescriptions légales, d'insérer dans le cahier des charges de l'adjudication du fonds les conditions de capacité professionnelle qu'il exigera de l'adjudicataire du fonds.

Même observation pour le gage des industries et commerces dont *l'exploitation est soumise à l'autorisation du Gouvernement* (fabrication de médailles, société d'assurance, monts de piété, exploitation de sources d'eau minérale) ; à l'autorisation *préfectorale* (débits de spiritueux, magasins généraux, docks, service public de transport par voiture, etc.); à l'autorisation du *maire* (cafés, entreprises de vidange). Ici encore il suffira d'insérer dans le cahier des charges les conditions spéciales que, dans chaque espèce, la loi peut imposer à la cession du fonds.

6o. Par contre, le problème nous paraît plus délicat en ce qui *concerne les agents de change, les courtiers d'assurances, maritimes et les commissaires-priseurs.* Il n'est pas douteux que ces différents individus soient des commerçants et possèdent à ce titre une sorte de fonds de commerce ; mais pour exercer leur entreprise ces commerçants doivent avoir reçu l'investiture légale, ce sont à proprement parler des officiers ministériels qui possèdent le droit de présenter leur successeur à l'agrément du chef d'Etat. C'est ce droit de présentation que l'on dénomme faussement droit de cession du fonds ; en réalité il n'y a point à proprement parler de cession, il y a réinvestiture d'un nouveau fonctionnaire. Ainsi, n'admettons-nous pas la possibilité de gager le fonds de commerce la charge d'agent de change, courtier d'assurances ou de commissaire-priseur, car on ne peut gager que ce qui pourrait être réellement cédé

Nous savons désormais quels fonds de commerce peuvent être gagés, étudions à présent les divers éléments sur lesquels portera le privilège du gagiste.

Le privilège du gagiste ne portera jamais :

Sur les marchandises.

D'après Littré (dictionnaire de la langue française), est marchandise, tout ce qui est meuble et objet de commerce. Pour nous cette définition est insuffisante, elle ne nous permet nullement de distinguer les marchandises d'autres objets mobiliers qui peuvent être objet de commerce et qui comptent cependant dans une autre catégorie de biens : dans le matériel du fonds de commerce, par exemple, les tonneaux, les bouteilles, etc.

Selon nous, les marchandises sont les objets mobiliers que le négociant achète dans le but de les revendre après transformation ou sans transformation, afin de bénéficier de l'excédent du prix de vente sur le prix d'achat, augmenté du prix de transformation.

Nous faisons rentrer dans la catégorie des marchandises les produits fabriqués prêts à la vente, les produits en cours de fabrication et, enfin, toutes les matières premières qui, directement ou indirectement, contribuent à la création de l'objet fabriqué et se consomment en s'incorporant à lui, soit pour en composer la substance matérielle, soit pour donner naissance à l'énergie mécanique calorifique ou lumineuse qui permettra la création ou la conservation de l'objet fabriqué. Le matériel, à la différence de la matière première, ne s'incorpore nullement à la nature même de la chose et ne se consomme aucunement par sa seule utilisation.

Par suite, on doit classer parmi les marchandises à côté du coton des filateurs, de l'orge et du houblon des brasseurs, la houille, l'huile, la graisse, le pétrole, l'essence qui se transforment en énergie mécanique ou calorifique permettant la transformation du coton en fil, de l'orge et du houblon en bière.

Les approvisionnements de houille, d'huile, de graisse, de pétrole ne compteront pas plus dans le privilège du gagiste que le fil, le coton, le houblon, l'orge, ce sont des marchandises au même titre que ceux-ci, ils ne sont donc pas susceptibles d'être compris dans le nantissement du fonds.

Mais les marchandises constituent toujours des éléments du fonds. Quand, faute de payement de l'échéance, le gagiste réalisera celui-ci, les marchandises seront vendues en même temps que l'enseigne, le droit du bail, le matériel ; pas plus que ces derniers éléments les marchandises ne pourront faire l'objet d'une vente séparée à la suite d'une saisie avant les dix jours qui suivront la notification des poursuites au créancier nanti (article 20, loi de 1909). (1)

Sur les créances du fonds.

62. Le fonds de commerce ne comprenant pas les créances, le créancier gagiste n'aura aucun privilège sur la réalisation des créances commerciales de son débiteur ; le fonds de commerce n'est nullement une universalité juridique, ce n'est nullement un patrimoine, les créances ne sont gagées que si le créancier observe spécialement, quant à elles, les dispositions de l'article 2.075 du C. C. Le fait de stipuler dans lacte du gage que les créances seront comprises dans celui-ci ne suffira nullement à permettre la naissance du privilège, il faudrait pour que ce gage spécial soit valable que signification en ait été faite au débiteur et que le titre de la créance ait été régulièrement cédé.

Et remarquons bien que cette observation s'applique à toutes les créances, qu'il s'agisse d'une créance isolée pure et simple ou d'un marché de fournitures conclu entre le commerçant et un tiers ; cependant quand il s'agit d'un contrat de fournitures à livrer, le créancier gagiste titulaire du privilège sur la clientèle en bénéficie indirectement, car le tiers qui s'est engagé à demander les services du propriétaire du fonds rentre sans aucun doute dans la catégorie des clients cédés au créancier gagiste et son contrat ne peut faire l'objet d'une réalisation distincte.

---

(1) Les marchandises ne sont nullement soustraites au privilège du vendeur dans cette hypothèse, en effet, le privilège sur les marchandises ne nuit aucunement aux créanciers de l'acheteur. Des créanciers antérieurs à la vente n'avaient pu compter sur cet élément d'actif, quant aux créanciers postérieurs, il dépendait d'eux de traiter ou de ne pas traiter avec le débiteur dont ils pouvaient connaître les obligations en consultant le registre d'inscription.

Sur les immeubles.

63. La coutume ici encore s'oppose à ce que les immeubles figurent parmi les éléments du fonds.

Il en résulte que fonds de commerce et immeuble devront faire l'objet de deux contrats de garanties différentes, de deux sûretés distinctes alors même qu'ils garantiront la même dette ; le fonds de commerce, bien mobilier, sera gagé suivant la procédure de la loi de 1909 et sera réalisé conformément à la procédure organisée par celle-ci devant le Tribunal de commerce ; l'immeuble qui l'abrite, au contraire, fera l'objet d'une hypothèque et sera réalisé suivant les formes du Code de procédure, c'est-à-dire devant le Tribunal civil du lieu de sa situation.

Ainsi que nous le verrons plus loin, le droit à l'occupation de l'immeuble constitue le plus souvent en cas de réalisation du fonds la seule valeur négociable parmi les différents éléments de celui-ci. Il semble par suite, profondément regrettable d'exclure le droit à l'occupation de l'immeuble, de la composition du fonds de commerce quand le propriétaire du dit fonds est le même que le propriétaire de l'immeuble. En effet, même si le créancier gagiste est en même temps créancier hypothécaire de l'immeuble, les deux biens se réaliseront au moyen de procédures différentes, en des lieux et à des jours qui pourront être distincts, l'acquéreur de l'un pourra ne pas pouvoir se faire adjuger l'autre et, ainsi, la somme des prix d'adjudication de chacun n'atteindra pas de beaucoup le prix qu'aurait atteint l'adjudication globale du fonds et de l'immeuble réunis.

Avouons, d'ailleurs, qu'il était difficile d'admettre que le droit de propriété compterait parmi les éléments du fonds. En effet, le plus souvent l'exploitation commerciale n'occupe qu'une partie de l'immeuble et la valeur de celui-ci dépasse de beaucoup la valeur de celle-là et, dans ces conditions, on ne pouvait raisonnablement faire rentrer l'immeuble dans l'universalité *sui generis* qu'est le fonds, lui faire perdre son droit à la protection spéciale qui est accordée aux biens immobiliers pour prendre la condition de la *res vilis* qu'est le meuble.

Mais, à l'inverse, ne pourrait-on pas attacher le fonds à l'immeuble en considérant qu'il a pris qualité d'immeuble par destination et en lui étendant les dispositions de l'article 524 du Code civil ?

Nous avons déjà examiné la question dans une note au début de ce travail et nous avons conclu que ni la lettre de l'article 524, ni la coutume commerciale en vigueur, ne nous permettait d'étendre au meuble incorporel, qu'est le fonds, la fiction de l'immobilisation par destination. D'ailleurs nous ne croyons pas que cette extension soit désirable en législation, elle conduirait, en effet, à des injustices fiscales et entraînerait des difficultés pratiques de toutes sortes dans le genre de celles qui se produisent si souvent quand il s'agit d'immeubles par destination de nature corporelle.

Remarquons d'ailleurs que pour grouper dans une même procédure la réalisation des deux biens il n'est nullement besoin de faire de l'un un meuble ou de l'autre un immeuble. Il suffirait, semble-t-il, après avoir prévu un mode commun d'adjudication forcée avec les mêmes conditions de surenchère, folle enchère, etc., d'étendre en la matière le principe des articles 15 et 20 de la loi de 1909 et décider que le créancier gagiste qui voudra réaliser le fonds devra notifier ses poursuites au créancier hypothécaire qui, dans les dix jours par exemple, pourra se faire autoriser en justice à poursuivre la réalisation de l'immeuble par la même procédure et que le créancier hypothécaire devra faire la même notification au créancier gagiste avant de réaliser son immeuble. Bien entendu la liaison des deux procédures nécessiterait une simplification de notre procédure d'ordre si lente et si coûteuse ; il ne pourrait être question, actuellement, d'imposer au créancier gagiste les longueurs et les frais de cette dernière procédure.

Dans l'état présent de notre législation, la solution la plus simple pour le créancier gagiste sera de se faire consentir dès l'instant même du gage, un bail sur l'immeuble qui abrite le fonds, bail dont il sera convenu que l'entrée en jouissance sera retardée jusqu'au jour de la réalisation du fonds, bail cessible au gré de son bénéficiaire qui pourra donc l'adjuger en même temps que les autres éléments du fonds lors de la réalisation de celui-ci. Ainsi, dès à présent, le créancier gagiste peut corriger l'imperfection de notre législation ; il n'en

est pas moins vrai que l'adjudication simultanée de l'immeuble et du fonds présenterait le plus souvent de très gran avantages tant pour les créanciers que pour le débiteur, il est indéniable qu'une réforme s'impose.

Le gage du fonds de commerce comprend toujours :

L'enseigne.

65. L'enseigne est le signe emblématique qui sert à distinguer un établissement d'un autre et qui, placé sur les locaux, les bâtiments d'exploitation, sert de signe de ralliement à la clientèle qu'elle contribue donc à fixer.

Le nom commercial.

66. Nous en dirons autant du nom commercial qui est l'appellation sous laquelle une personne exerce son commerce, qui est le signe de la personnalité du commerçant et qui adhère au fonds de commerce dont il devient, de même que l'enseigne, le signe extérieur. Mais le nom commercial peut recevoir des emplois différents. On distingue nettement le nom signature du nom enseigne et du nom apposé sur les produits pour en marquer l'origine.

1° *Nom signature.* — C'est le nom sous lequel le commerçant signe ses effets, ses lettres. Dans notre conception française ce nom est intransmissible (1) car si le successeur du commerçant continuait à se servir du nom signature de son prédécesseur, le public serait trompé croyant toujours traiter avec l'ancien propriétaire du fonds. Puisqu'il est intransmissible, le nom signature n'est pas susceptible de gage, il ne rentre donc pas dans le nantissement du fonds de commerce.

2° *Nom enseigne.* — Le commerçant peut apposer son nom sur ses bureaux, ses locaux commerciaux, ses factures, ses enveloppes de lettres, ses prospectus qu'il fait circuler dans le public afin de rallier à tout instant par cette réclame constante, la clientèle qu'il a su se créer.

(1) La solution contraire est adoptée par la législation allemande.

Le nom enseigne peut être certainement cédé et gagé, il désigne la maison, le fondateur de la maison et son maintien par le nouveau propriétaire, ne peut nullement tromper les tiers sur la personnalité de celui-ci.

Nom apposé sur les produits fabriqués. — L'apposition du nom sur les produits a pour but d'individualiser ceux-ci en permettant aux clients qui en ont apprécié la qualité, de les redemander à nouveau et d'éviter la livraison de produits analogues. Comme le nom enseigne, il fixe la clientèle, il constitue donc, lui aussi, une valeur cédable et gageable.

Droit au bail.

67. Le droit au bail constitue la valeur la plus précieuse et la plus stable du fonds de commerce, dans la généralité des cas tout au moins ; le plus souvent, lors de la réalisation du fonds de commerce par le gagiste, le droit au bail est le seul élément du fonds qui présente encore quelque valeur marchande, il est donc utile d'étudier soigneusement les différentes questions qui se posent quant à lui.

Le droit au bail est le droit pour le propriétaire du fonds d'exploiter son commerce dans un local déterminé. Nous savons que le droit à l'occupation de l'immeuble contribue à fixer la clientèle créée par le zèle, la loyauté du commerçant, il sert fréquemment aussi à créer lui-même la clientèle locale, le *local Goodwill* des Anglais ; le droit au bail constitue donc encore une fois, la plus sûre garantie de la créance du créancier gagiste.

Mais le droit au bail, le droit à l'occupation de l'immeuble est un droit temporaire, c'est d'autre part un droit qui a été souvent consenti au propriétaire du fonds en raison de sa personne et qui alors ne peut être cédé librement ; enfin c'est un droit qui est la contre-partie d'obligations multiples, un droit qui peut être résilié par le propriétaire de l'immeuble si le locataire ne se soumet pas lui-même aux conditions du bail ; cession du bail, prolongation et résiliation sont trois questions délicates que nous devons examiner en cette matière, questions qui intéressent au plus haut point le gage du fonds de commerce.

Cession du bail

68. Pour que le droit au bail puisse être compris dans le nantissement du fonds, il faut qu'il puisse être cédé, c'est-à-dire que sa cession ou sous-location n'ait pas été interdite par une clause du bail.

Si, en pratique, l'interdiction pure et simple se rencontre rarement dans les baux commerciaux, par contre, le propriétaire insère fréquemment dans son bail qu'il sera interdit au locataire de céder son droit à l'occupation de l'immeuble, à moins d'une autorisation spéciale. Cette clause est toujours de rigueur et le bailleur n'a, en cas de refus, nullement à justifier de celui-ci. En pratique, le propriétaire utilise souvent cette clause et s'oppose systématiquement aux sous-locations consécutives à la vente du fonds et interdit par suite la réalisation fructueuse du gage du créancier nanti.

Le commerce s'est élevé avec violence contre cette attitude des propriétaires, et, en 1909, M. Thierry déposait à la Chambre des députés, une proposition de loi suivant laquelle le propriétaire ne pourrait plus refuser arbitrairement la cession du bail mais devrait justifier de raisons plausibles et exposer ses motifs à la justice qui statuerait souverainement au fond.

Cette proposition fut reprise par M. Cordelet dans son nouveau projet de 1912 et fait l'objet de l'article 9 du texte voté par le Sénat le 31 mai 1918 :

« En cas de location industrielle ou commerciale, les dispositions de l'article 1.717 du Code civil demeurent applicables. Toutefois, si le bail stipule que la sous-location ne peut avoir lieu qu'avec le consentement du bailleur et au profit d'une personne agréée par lui, le bailleur ne peut refuser d'accepter comme sous-locataire ou cessionnaire du bail, la personne à laquelle le fonds de commerce a été transmis, à moins de motifs graves dont il devra saisir le tribunal civil ou le juge de paix suivant leur compétence respective dans la huitaine de la notification qui lui aura été faite par le locataire. L'acquéreur pourra entrer en possession à la date fixée par le contrat et y sera maintenu si le bailleur succombe dans son action. »

En principe, nous ne pouvons qu'approuver cette réforme, mais le législateur a-t-il réfléchi sur le discrédit que jetterait

sur le sous-locataire en possession du fonds la décision du tribunal civil qui l'obligerait à délaisser les locaux et à publier ainsi sa propre indésirabilité ? Il semble qu'il eût été préférable d'établir une procédure discrète (en chambre du conseil) et rapide et de ne permettre au sous-locataire de ne prendre possession des lieux qu'après que la sentence judiciaire aurait été rendue.

Prolongation du bail

67. Le droit au bail est un droit temporaire, mais puisque nous connaissons l'importance immense du droit à l'occupation de l'immeuble dans la composition du fonds, nous pouvons aisément comprendre tout l'intérêt que le créancier gagiste et le propriétaire du fonds peuvent attacher à la conservation de ce droit et par suite à la prolongation du bail lors de son échéance ; cette question de la prolongation du bail est une question de première importance, elle a donné lieu et donne encore à bien des difficultés que bien des projets de loi ont essayé de trancher.

En effet, le propriétaire de l'immeuble connaît très bien la valeur que le propriétaire du fonds et le créancier gagiste attachent au droit à l'occupation de son immeuble ; aussi, lorsque le bail arrive à expiration, n'hésite-t-il pas quelquefois à se liver à une sorte de chantage sur son malheureux locataire ; il sait que la conservation de la clientèle est subordonnée à la conservation du local, il en profite donc pour faire payer chèrement par une augmentation de loyer et par des exigences de toutes sortes, le maintien du locataire dans l'immeuble. Et si le locataire ne veut pas accepter ses nouvelles conditions, le propriétaire fait appel à un commerçant similaire à qui il peut imposer une forte location puisqu'il lui apporte en même temps que le droit à l'ocupation de l'immeuble, une partie de l'ancienne clientèle du précédent locataire, clientèle qu'il n'a cependant nullement contribué à créer.

Bien entendu, les commerçants s'insurgent avec juste raison contre cette pratique abusive et ils proposèrent à plusieurs reprises une modification législative de l'article 1.737 du Code civil.

Remarquons immédiatement la complexité du problème. Certes l'intérêt du locataire est utile à satisfaire, mais d'autre

part il semble bien difficile d'interdire à un propriétaire de reprendre sa maison et de la relouer à une personne exerçant une profession similaire à celle qui était exercée par l'ancien locataire ; aussi repoussons-nous, sans réserves, la propostion de M. Théo-Arnould, président de la Fédération des débitants boissons, qui proposait simplement d'interdire au propriétaire toute augmentation de loyer en fin de bail si cette augmentation n'était pas justifiée par des améliorations de l'immeuble et d'exiger dudit propriétaire, au profit du détenteur du fonds, une indemnité de non-prolongation au cas de reprise du local.

Cette proposition est inadmissible. Un propriétaire peut augmenter le chiffre du loyer de son immeuble comme un prêteur peut augmenter le taux d'intérêt de son argent, comme tout individu le propriétaire doit pouvoir bénéficier de la naissance d'une rente positive sur son bien.

D'autre part il est inadmissible de lui imposer le paiement d'une indemnité s'il reprend purement et simplement son local ; le propriétaire est maître de son bien, il n'en a aliéné que la jouissance temporaire, la durée du bail a été régulièrement stipulée, or, puisque la convention vaut loi entre les parties, à l'échéance du bail le propriétaire doit rentrer librement en possession de son immeuble.

Cependant, est-ce à dire que l'on ne doive pas protéger le locataire contre les exigences abusives du propriétaire ? Ne peut-on interdire à celui-ci de s'enrichir injustement aux dépens de son prochain ? Assurément si, et M. Thaller pense que l'on pourrait, en cette matière, faire appel légitimement à la théorie de l'abus du droit, théorie déjà appliquée lors de la réforme de l'article 1.780 du Code civil en matière de louage de service pour sanctionner le congédiement abusif d'un ouvrier ou d'un employé ; en matière de louage de chose, prétend M. Thaller on pourrait de même condamner au paiement d'une indemnité le propriétaire qui, abusivement, refuse de renouveler son bail.

Nous ne croyons pas pouvoir admettre cete suggestion du regretté maître de la Faculté de Paris. Nous ne trouvons aucune analogie entre la situation du bailleur et du locataire liés entre eux par un contrat à durée parfaitement déterminée et la situation du maître et de l'ouvrier liés par un louage de service dont le terme n'a pas été fixé. Refuser de renouveler le bail, c'est appliquer strictement un contrat, nous ne voyons

juridiquement aucun abus dans cette attitude du propriétaire.

68. En réalité, il est une situation, spécialement réglementée par notre Code civil, qui ressemble d'assez près à notre situation actuelle, c'est l'hypothèse visée par l'article 555 ainsi conçu :

« Lorsque des plantations ou ouvrages ont été faits par un tiers avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a le droit ou de le retenir ou d'obliger ce tiers à les enlever. Si le propriétaire demande la suppression des plantations, elle est aux frais de celui qui les a faites... Si le propriétaire préfère les conserver, il doit le remboursement de la valeur du prix des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, sans égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu recevoir... »

Une solution analogue semble pouvoir être appliquée en notre matière, si le bailleur refuse de renouveler le bail et qu'il profite ensuite de la clientèle apportée à l'immeuble, il doit une indemnité à son précédent locataire.

C'est dans cet esprit que fut rédigée, en 1911, la proposition de loi déposée par M. Thalamas sur le bureau de la Chambre et rapportée dans les documents parlementaires, année 1911, n° 1.427, page 360 (1).

---

(1) Le projet Thalamas fut repris en 1914 par M. le Député Berry. De leur côté MM. Charles Deloncle et Desplas, M Lauche (au nom du parti socialiste), MM. Bureau et Faillot déposèrent au cours de la dernière législature divers contre projets qui furent l'un et l'autre rapportés par l'honorable M. Levasseur membre de la commission du commerce et de l'industrie à la Chambre.

A la suite de longues et multiples discussions qui furent souvent extrêmement passionnées, la Chambre adopta au cours de sa séance du 13 mars 1919 le texte suivant qui devra compléter l'article 1.737 du code civil.

« Dans un délai maximum de 2 ans et minimum de 18 mois avant l'expiration d'un bail à usage commercial ou industriel le locataire sortant devra signifier au bailleur par acte extra judiciaire, les conditions auxquelles il se propose de passer un nouveau bail.

Dans le délai de deux mois à dater de cette signification, le bailleur devra dans la même forme faire connaître sa réponse.

S'il refuse de consentir le bail sollicité, et s'il loue l'immeuble pour un commerce similaire, il devra compte au locataire sortant de la plus-value conférée par ce dernier à l'immeuble et sous forme d'indemnité dont le montant sera fixé par le tribunal de la situation de l'immeuble.

L'action du locataire sera prescrite par cinq ans à dater de l'expiration du bail. Toute convention contraire aux précédentes dispositions sera nulle et non avenue ».

Ce projet est actuellement pendant devant la commission du Sénat, (Voir, devant cette assemblée, le compte rendu de la séance du 23 novembre 1920.)

D'après cette proposition, le propriétaire a toute liberté en fin de bail de prolonger ou non celui-ci. S'il ne veut pas le prolonger, deux partis se présenteront à lui, ou bien utiliser la clientèle attachée à l'immeuble en installant dans les locaux vacants un commerce similaire à celui qu'exploitait le locataire congédié, ou bien abandonner cette clientèle en introduisant dans l'immeuble un autre fonds de commerce. Dans le premier cas, suivant M. Thalamas le bailleur devra obligatoirement payer au locataire congédié, et à dire d'expert, la valeur de son fonds ; le dit locataire sera alors soumis aux obligations de garantie du vendeur et par suite ne pourra se réinstaller dans un périmètre déterminé de l'immeuble pour faire concurrence à son propriétaire. Dans le deuxième cas, si le propriétaire installe dans l'immeuble un fonds de commerce sans analogie avec le fonds ancien il ne devra aucune indemnité.

La proposition de M. Thalamas était évidemment séduisante, mais elle ne put être prise en considération car elle ne satisfaisait ni l'un ni l'autre des intéressés ; en effet, imposer le rachat du fonds au propriétaire de l'immeuble c'est imposer à celui-ci une charge beaucoup trop lourde et ne pas satisfaire le locataire, puisque c'est lui interdire d'exploiter un fonds similaire dans le voisinage de son ancienne exploitation. Selon nous, si le principe de l'indemnité est parfaitement légitime, celle-ci ne devrait être calculée qu'eu égard à la valeur de la clientèle que le locataire a attachée à l'immeuble; il serait parfaitement injuste de faire payer au propriétaire le *local Goodwill* de son immeuble, il ne s'est enrichi en réalité que de la partie du *personal Goodwill* qui s'est cristallisée sur son bien, il ne doit d'indemnité que pour celle-ci. Cette indemnité correspondant dans une certaine mesure à la plus-value de l'immeuble (1) serait fixée par expert et faute par le propriétaire de vouloir la payer, l'ancien locataire congédié pourrait, au moyen de l'action en concurrence déloyale, interdire à son ancien propriétaire d'exploiter personnellement dans l'immeuble en question un fonds de commerce similaire, et lui deman-

(1) En cette matière, on ne peut, bien entendu, tenir compte du prix des matériaux ou de la main-d'œuvre, ainsi que le prévoit l'article 555. On est obligé de s'en tenir à la plus-value de l'immeuble qui, seule, peut être appréciée.

der des dommages-intérêts s'il en avait cédé l'exploitation à autrui.

Mais, bien entendu, l'application des textes actuels ne permet nullement à la jurisprudence de donner dès maintenant cette solution ; une intervention législative s'impose, le nouveau texte devant alors prévoir le cas du gage de fonds de commerce et subroger le créancier gagiste au propriétaire du fonds pour le recouvrement de l'indemnité de congédiement accordée par l'expert.

Résiliation du bail

69. Si le créancier gagiste n'a aucun recours contre le refus de prolongation du bail, nous allons voir par contre que le législateur a spécialement prévu le cas de la résiliation et lui a donné en cette matière la possibilité d'agir utilement en vue de conserver le droit au bail du fonds.

Pour que le droit au bail soit maintenu au propriétaire du fonds, il faut que ledit propriétaire ait payé régulièrement ses loyers ; s'il ne satisfait pas ses obligations, le bailleur pourra intenter en justice une action en résiliation de bail au grand détriment du détenteur du fonds et du créancier gagiste qui n'a accordé son crédit qu'à raison de la situation du fonds et de la durée du bail.

Aussi la loi Cordelet, en son article 14, a-t-elle imposé au propriétaire qui veut intenter une action en résiliation de bail, de notifier sa demande aux créanciers nantis sur le fonds ; ceux-ci auront alors la ressource de désintéresser le bailleur et d'éviter ainsi, moyennant le débours d'une somme de moyenne importance, l'extinction presque complète de leur gage ; la résiliation judiciaire ne pourra intervenir en effet qu'un mois après la notification. Notons qu'une même garantie est accordée aux créanciers inscrits pour les protéger de la résiliation amiable, celle-ci doit leur être également notifiée et les dits créanciers ont un mois pour s'opposer à la résiliation ou exiger le remboursement de leur créance.

Aucune forme spéciale n'a été prévue pour les notifications, une simple lettre recommandée suffit donc en l'espèce.

Faisons d'ailleurs remarquer que l'article 14 de la loi de 1905 ne frappe pas de nullité la résiliation judiciaire ou amia-

ble qui aurait été prononcée sans qu'il y ait eu notification de la demande aux créanciers gagistes ; propriétaires et locataires seraient simplement exposés à des poursuites en dommages intérêts sauf application de l'article 1.167 du Code civil en cas de fraude.

Ainsi le propriétaire de l'immeuble doit notifier aux créanciers gagistes son intention de demander la résiliation de son bail et attendre l'expiration du délai d'un mois avant de prendre un jugement d'expulsion. Mais telles sont là ses seules obligations.

Si pendant ce délai le créancier gagiste n'a pris aucun arrangement avec le bailleur et ne lui a pas réglé ses loyers arriérés, il ne peut aucunement empêcher la résiliation du bail et l'expulsion de son débiteur. En admetant, même, que durant ce mois qui lui est accordé il ait obtenu du tribunal de commerce l'autorisation de poursuivre la vente globale du fonds, cette décision n'aurait nullement pour effet de priver le bailleur du droit qui lui appartient de faire résilier le bail et de poursuivre l'expulsion du locataire ; encore une fois, seul le paiement du bailleur ou un arrangement amiable serait susceptible d'éviter la résiliation du bail que ne recule aucunement la réalisation du gage (en ce sens, arrêt de Paris, 14 décembre 1909, D. 1910, 2. 249, *id.* Paris, 26 novembre 1910).

Nous en avons ainsi terminé avec l'étude du droit au bail et des difficultés dont il peut être l'objet. Il nous reste à dire quelques mots de la clientèle et de l'achalandage avant de passer à l'examen des différents éléments du fonds qui ne peuvent être compris dans le gage que sous condition de stipulation expresse.

Clientèle. — Achalandage.

70. La clientèle est, comme le fait parfaitement remarquer M. Thaller, « une aptitude du fonds plutôt qu'une valeur acquise », c'est la possibilité d'avoir un certain nombre de clients dont l'assiduité permet d'établir un beau chiffre d'affaires. Cette possibilité, ce potentiel, cette aptitude provient généralement du zèle, de l'amabilité, de l'habileté du possesseur du fonds, elle peut provenir aussi de la situation de l'immeuble. Céder sa clientèle c'est donc céder la possibilité de conclure des af-

faires, c'est faire connaître au cessionnaire les habitudes de la maison (1), et lui faire connaître les principaux clients.

Il est bien certain que lorsque la cession résulte d'une réalisation forcée du gage, il serait très difficile d'obtenir du cédant tous ces renseignements divers qui permettent au cessionnaire de conserver la clientèle du fonds. Mais la plupart de ceux-ci sont rassemblés et notés dans des documents commerciaux en possession du cédant : grands livres, copies de lettres, livres de caisse, etc.

Est-ce à dire pour cela, conformément à l'avis de la jurisprudence (Bordeaux, 25 avril 1910, D. 1912, 2. 316 ; Lyon, 16 avril 1886 ; Paris, 24 février 1890 et Requête 9, 111.592, D. 93, 1. 33 ; Douai, 9 juillet 1904, *Gazette des Tribunaux*, 1904, 2. 336) que ces livres doivent être compris dans l'adjudication du fonds et doivent être cédés à l'adjudicataire? autrement dit le gage du fonds de commerce porte-t-il sur les livres du débiteur? Nous ne le croyons pas; les créances et les dettes du fonds ne sont pas transmises avec celui-ci et en conséquence les livres de commerce restent indispensables au cédant, ils lui servent à liquider son passif et à recouvrir son actif, il serait injustifiable de l'en priver pour en saisir définitivement le cessionnaire du fonds. Mais si nous refusons de joindre la cession des livres à la cession du fonds, nous ne refuserons pas à l'adjudicataire le droit d'exiger la communication des divers documents commerciaux susceptibles de l'éclairer sur la consistance et l'étendue de la clientèle dont il s'est rendu acquéreur ; ce droit de prise en communication résulte de l'acquisition de la clientèle du fonds, il ne résulte nullement de la réalisation d'un droit de gage sur les livres qui, encore un fois, restent l'absolue propropriété du débiteur saisi. (En ce sens, Paris, 22 janvier 1891, *Gazette du Palais*, 1891, 1. 288, et Tribunal de Commerce de la Seine, 10 novembre 1896 ; 29 septembre 1897, *Journal des Tribunaux de Commerce*, 1898, page 194 et 1899, page 152.)

---

(1) Et en particulier les secrets de fabrication qui permettent de monopoliser la clientèle.

Eléments du fonds de commerce compris dans le privilège du gagiste sous condition de stipulation expresse.

Mobilier. — Matériel. — Outillage.

71. Matériel, mobilier, outillage, ce sont là les seuls éléments corporels du fonds qui puissent être l'objet du privilège du créancier nanti à condition, toutefois, que suivant l'article 9, paragraphe 3 de la loi de 1909, il en ait été spécialement convenu lors de la conclusion du nantissement du fonds.

Ces différentes expressions n'ont pas besoin de grandes explications, elles désignent les meubles meublant servant à l'agencement du magasin, les machines, ustensiles et outils nécessaires à l'exploitation de l'entreprise industrielle, bref tous les objets qui, servant à la fabrication des marchandises, ne s'incorporent pas aux produits fabriqués et ne se consomment pas par leur seule utilisation.

Or, lorsque l'immeuble qui abrite le fonds est la propriété du commerçant, matériel, mobilier, outillage servant à l'exploitation de l'immeuble rentrent absolument dans la définition de l'article 524 du Code civil et constituent par suite des immeubles par destination.

Mais nous savons que le fonds de commerce ne peut jamais comprendre d'immeuble parmi ses éléments ; matériel, outillage, mobilier industriel devenus immeubles par destination, ne peuvent-ils plus compter parmi les éléments du fonds ? Ne peuvent-ils plus, par suite, faire l'objet du privilège du créancier nanti ?

Cette question extrêmement importante est très discutée en doctrine et a fait l'objet d'une jurisprudence nombreuse dont, avouons-le immédiatement, nous n'admettons nullement la solution qui consiste à refuser l'extension du privilège du gagiste au matériel immobilisé par destination.

MM. Percerou, dans une note parue sous un arrêt de Dijon du 30 mars 1908, D. 1909, 2, 153, soutient fermement cette jurisprudence.

En effet, prétend-il, par la place que le législateur de 1898 a donnée à l'institution du gage sur fonds de commerce, il est

certain qu'il a nettement manifesté l'intention de ne tenir le nantissement pour efficace, qu'au regard d'objets de nature mobilière ; d'autre part, il n'a certainement pas voulu empiéter sur notre régime de publicité hypothécaire, en instituant le registre d'inscription des nantissements de fonds de commerce. Il en résulte donc qu'on ne peut concevoir qu'un immeuble par destination puisse être donné en gage accessoirement au fonds, toute sûreté que les parties entendent constituer sur eux doit, pour être apposable au tiers, être publiée à la conservation des hypothèques.

D'ailleurs, ajoute-t-il, la loi de 1919 témoigne bien de la volonté de ses auteurs de ne comprendre dans le nantissement que les éléments de nature mobilière — les éléments énumérés dans son article 9, sont tous de nature mobilière et ne peuvent être, aux termes de la loi, que de nature mobilière. Le rapprochement des mots « le mobilier commercial, le matériel et l'outillage servant à l'exploitation du fonds » indique suffisamment, en effet, les intentions du législateur de ne faire rentrer dans le nantissement le matériel et l'outillage qu'à la condition que ce matériel et cet outillage fassent partie du mobilier commercial. Par suite, lorsque matériel et outillage ne sont pas des biens meubles, mais des immeubles par destination, ils ne rentrent plus dans le mobilier commercial et ne peuvent donc plus être compris dans le nantissements du fonds. Cette solution, ajoute M. Percerou, n'est peut-être pas excellente au point de vue législatif, mais c'est malheureusement la solution de notre droit positif qu'il nous faut respecter.

72. Selon nous, la solution de M. Percerou est aussi contraire à la lettre qu'à l'esprit de la loi.

Ecartons tout d'abord l'argument du texte dont la faiblesse est frappante. Il est certain qu'en mentionnant le matériel et l'outillage à côté du mobilier commercial, le législateur n'a aucunement voulu dire que pour être susceptible de nantissement, le matériel devait être un bien meuble ; c'est une virgule qui sépare l'expression : mobilier commercial, de l'expression matériel ou outillage, nous ne trouvons nullement entre ces différents termes les deux points ou la parenthèse qui, seule, pourrait à la rigueur appuyer la théorie de l'éminent professeur, à condition toutefois que l'on accepte encore que « mobilier commercial » ne puisse comprendre que des biens meubles

en dehors des immeubles par destination, ce qui est loin d'être démontré, au contraire. En réalité, le législateur n'a nullement préjugé de la question ; il a strictement prévu l'exclusion des marchandises, il a accepté expressément, au contraire, l'inclusion du matériel dans le gage ; immeuble par destination, le matériel n'en reste pas moins matériel, la lettre de la loi est donc plutôt en notre sens.

Remarquons, d'ailleurs, que s'il est vrai que le gage ne peut porter que sur des meubles, on peut parfaitement gager cependant un immeuble par destination, car le gage suppose la mise en possession du gagiste, et cette mise en possession rend immédiatement à l'immeuble par destination son caractère de meuble (Cassation, 1er mai 1906, S. 1909, 1. 9, note Naquet). Il en est de même dans le gage du fonds de commerce qui consiste, sinon dans le transfert de la détention, du moins dans le transfert immédiat de la possession du fonds. Le matériel, constitué en gage en vertu d'une clause expresse du contrat, passe lui-même en la possession du gagiste et, par suite, retrouve sa condition mobilière (1).

Faisons immédiatement remarquer que dans son nouveau projet sur le nantissement des fonds de commerce, M. Cordelet prévoit expressément, dans l'article 11, que le matériel pourra faire l'objet du gage, qu'il soit ou non immeuble par destination. Tel est d'ailleurs, actuellement déjà, la solution adoptée en matière de warant hôtelier (art. 1, § 1 de la loi du

---

(1) En effet, décomposons une fois encore le gage sans détention en ses différentes phases : le propriétaire du fonds cède tout d'abord au créancier gagiste la possession et la détention de l'objet ; celui-ci, ainsi qu'il est partout admis, perd donc sa qualité d'immeuble par destination, et tout droit immobilier qui pouvait le grever tombe *ipso facto*, en application de l'article 2.279 du Code civil ; puis le créancier gagiste retransfère à son emprunteur la détention du gage ; l'emprunteur ne possède plus alors en son nom, mais au nom du créancier gagiste, qui conserve la possession de droit avec tous ses avantages.

Par suite, étant donné que l'emprunteur propriétaire de l'immeuble ne possède plus l'objet en son nom, mais au nom de son prêteur, les conditions de l'article 524 ne se trouvent plus réalisées, l'objet ne se trouve plus placé sur l'immeuble pour le service et l'exploitation de celui-ci, il est détenu par le propriétaire de l'immeuble au nom d'un tiers, comme serait détenu un objet quelconque loué ou emprunté ; la fiction ne peut être étendue à son cas et, désormais, le matériel reste meuble, dégagé de tout droit réel immobilier, comme s'il était vraiment détenu par le créancier gagiste qui en est possesseur.

8 août 1913, complétée le 17 mars 1915), ajoutons que c'est la seule solution logique en la matière; puisque, conformément à la volonté du législateur, le gage sans déplacement doit être un perfectionnement du gage pur et simple il doit pouvoir, par suite, se réaliser sur les mêmes objets.

Mais, encore une fois, jusqu'à présent, la jurisprudence est contraire à cette interprétation de la loi de 1909 et nous pouvons citer outre l'arrêt de Dijon, un arrêt d'Aix du 12 février 1912 (S. 1913 2. 281) et un arrêt de cassation du 20 janvier 1913, rapportée à la *Gaz. des Tribunaux* du 25 mai 1913. La Cour de cassation semble considérer actuellement cette jurisprudence comme définitive si l'on en juge du moins d'après l'arrêt du 18 juin 1918, rapporté dans la *Revue du Notariat* de septembre 1918, page 398. Encore une fois cette jurisprudence nous semble contraire au texte comme à l'esprit de la loi et viole ouvertement les intérêts du commerce. La majorité de la doctrine est d'ailleurs hostile à celle-ci et nous pouvons citer en notre sens l'opinion d'auteurs considérables et, entre autres, celle de M. Wahl (note au Sirey, sous Aix, 1912, précité) et de MM. Bouviller-Baugillon, n° 414 ; Boutaud et Chahol, n° 381 ; Moutier et Faucon, n° 49 ; Depinay, *Revue du Notariat*, n° 13.852), etc.

Pratiquement il résulte de la jurisprudence actuelle que, à côté de son gage, le créancier devra se faire consentir une hypothèque sur l'immeuble et les accessoires mobiliers par destination. Mais nous avons déjà vu (n° 63) les inconvénients de cette dualité de sûreté dont les procédures de réalisation diffèrent et nous ne pouvons que regretter la nécessité où la jurisprudence nous met d'utiliser cet expédient.

Remarquons d'ailleurs, que même dans cette hypothèse il y aura toujours intérêt à mentionner dans la convention de gage, et l'inscription du privilège, que le matériel est compris dans le gage du fonds ; cette stipulation inefficace tant que le matériel reste immobilisé, retrouvera sa valeur en cas de déplacement du fonds ou de vente de l'immeuble, le matériel recouvrant alors sa nature immobilière.

Brevets d'invention.

73. Le droit de l'inventeur protégé par un brevet d'invention consiste dans un monopole d'exploitation exclusive, mais

temporaire. En France ce monopole peut être de cinq, dix ou quinze ans, suivant le désir de l'inventeur, il est conservé moyennant le payement d'une taxe annuelle de 100 francs. Quand l'invention n'est pas parfaite et qu'un perfectionnement est découvert, ce perfectionnement peut faire l'objet d'un nouveau brevet indépendant du brevet primitif, brevet de perfectionnement qui sera lui-même protégé pendant une nouvelle durée de cinq, dix ou quinze ans, brevet qui pourra d'ailleurs être la propriété de l'inventeur ou d'un tiers quelconque. Si le perfectionnement de l'invention brevetée est l'œuvre du premier inventeur, celui-ci peut éviter de prendre un brevet de perfectionnement qui lui imposerait la charge du paiement annuel d'une taxe nouvelle égal à la première, il peut demander, moyennant le seul versement d'une somme de 20 fr., un certificat d'addition à son brevet principal et obtenir ainsi la protection, le monopole d'exploitation de son perfectionnement pendant une durée égale à celle qui reste à courir pour l'exploitation de son premier brevet. Ainsi, le certificat d'addition ne se distingue plus du brevet principal dont il devient l'accessoire, aussi ne peut-il être pris que par le premier inventeur, titulaire du monopole d'exploitation de la première invention.

Le monopole d'exploitation constitue indéniablement, lorsque l'invention est sérieuse et pratique, une source incontestable de richesse; on comprend donc que ce droit puisse être cédé, puisse être gagé en même temps que tous les éléments du fonds, accessoirement à la clientèle dont il est la condition d'existence. Et de fait, le législateur a admis que les brevets d'invention pourraient être compris dans le gage du fonds et que le privilège du gagiste porterait sur le prix de leur réalisation, à condition, cependant, qu'il en ait été ainsi stipulé expressément lors de la conclusion du contrat. Avouons d'ailleurs que cette disposition législative est quelque peu illogique ; le brevet d'invention est la condition d'être de la clientèle : que peut signifier le droit de gage sur la clientèle s'il n'est accompagné d'un droit de gage sur le monopole d'exploitation du brevet, surtout lorsque le fonds de commerce a pour seul but l'exploitation de celui-ci ? Dans cette hypothèse la valeur de la clientèle se confond avec la valeur du brevet et, par suite, il eût été raisonnable d'admettre que, même en dehors de

toute désignation expresse, le privilège du créancier gagiste porterait sur le prix de réalisation de celui-ci.

Mais la loi est formelle, le brevet d'invention ne sera compris dans le gage que s'il a fait l'objet d'une convention particulière et, ajoute le § 2 de l'article 9, le certificat d'addition postérieur au nantissement du fonds suivra le sort du brevet principal, il sera compté lui-même parmi les éléments du fonds frappés du droit de gage.

74. Qu'est-ce à dire, sinon que les brevets pris par le propriétaire du fonds, après la constitution du gage, échappent au privilège du gagiste et ne sont pas compris dans le nantissement du fonds ? Et, parmi ces brevets postérieurs au nantissement du fonds, nous devons comprendre les brevets de perfectionnement, brevets autonomes et indépendants du brevet principal ; cette dernière solution, est fâcheuse et neutralisera bien souvent l'effet du paragraphe 2 de l'article 9 de la loi Cordelet. Afin de se ménager une nouvelle source de crédit, le titulaire d'un brevet compris dans le gage du fonds prendra rarement un certificat d'addition, il préférera demander un brevet de perfectionnemnt qui pourra lui servir à gager un nouvel emprunt, lésant ainsi gravement l'intérêt du créancier auquel a été consenti un nantissement sur le fonds.

Ajoutons d'ailleurs, que cette conception du législateur qui consiste à ne faire rentrer dans le gage que les brevets existant lors de sa constitution est une conception malheureuse, illogique, inconciliable avec l'idée que l'on doit se faire de la nature juridique du fonds de commerce.

Le fonds de commerce est une universalité *sui generis* indépendante des biens qui le constituent ; c'est un bien qui reste toujours semblable à lui-même, quelles que soient les modifications apportées à sa composition, que les valeurs qui le composent aient été remplacées par d'autres valeurs, qu'elles soient moins nombreuses ou plus nombreuses, ou que certaines d'entre elles aient même complètement disparu. Ce qui fait l'objet du contrat de gage c'est cette universalité qui, après le contrat, continuera à vivre, ce n'est pas tel brevet, tel meuble, telle machine existant lors de la conclusion du contrat, mais tous les brevets, tous les meubles, toutes les machines qui, à chaque instant, rentreront dans la composition du fonds et permettront au négociant d'exercer son commerce. Par suite, lorsque le créancier gagiste a exprimé sa

volonté de voir son privilège se fixer sur les brevets du fonds aussi bien que sur ses autres éléments, c'est à tort que le législateur cantonne son privilège sur les brevets existants lors de la constitution du gage, et fixe ainsi arbitrairement un élément du fonds comme s'il en niait désormais l'évolution et la vie. Cette conception législative est certainement erronée, le privilège du créancier gagiste devrait porter non seulement sur les certificats d'addition, mais sur les brevets de perfectionnement et, en général, sur tous les brevets rentrant dans la composition du fonds qui, seul en réalité, a fait l'objet du gage. Le nouveau projet Cordelet ne réforme, malheureusement, pas la loi de 1909 en la matière, il serait souhaitable qu'un amendement intervienne dans ce sens.

Licence.

La licence est l'autorisation d'exploiter un brevet sur un certain territoire pendant un certain temps accordé par le titulaire du brevet. Le licencié est le locataire du brevet ; il jouit de la faculté de fabriquer le produit breveté moyennant le payement d'une redevance, payable ordinairement chaque année.

Ce droit à l'exploitation constitue, lui aussi, une valeur rentrant dans la composition du fonds, valeur cessible et gageable au même titre que le brevet lui-même.

Mais la concession de la licence a le plus souvent comme motif déterminant de la part du titulaire du brevet, la capacité et la solvabilité du locataire ; aussi la jurisprudence et les auteurs décident-ils, avec raison, que le bailleur pourrait fort bien interdire au licencié de transmettre son droit ou bien encore pourrait exiger son autorisation préalable à la dite cession, afin d'éviter qu'une mauvaise exploitation du cessionnaire ne vint discréditer l'invention. Nous retrouvons donc ici même le problème qu'en matière de location immobilière, nous devons lui appliquer les mêmes solutions.

Marques de fabrique.

La marque est un signe de forme distincte, nominale ou figurative, employé par les fabricants et commerçants pour indiquer l'origine de leurs produits. Quand elles sont spéciales

et nouvelles, les marques sont protégées pénalement moyennant un dépôt préalable au greffe du tribunal de commerce.

La marque peut être emblématique ou figurative ; elle peut être descriptive, c'est-à-dire consister dans une dénomination de fantaisie ; elle peut être nominale, c'est-à-dire être constituée par le nom même du commerçant, disposé d'une façon spéciale, suivant un aspect particulier.

Même nominative, la marque ne rentrera pas de plein droit dans le gage du fonds. Nous avons cependant admis que le nom commercial apposé sur les produits se gageait, sans nécessité, d'une stipulation spéciale adjointe au gage du fonds mais en l'espèce actuelle il y a autre chose qu'un nom commercial apposé sur les produits, il y a dessin spécial, disposition spéciale des lettres qui font que le nom du commerçant prend véritablement le caractère de marque.

Le propriétaire de la marque ayant le droit exclusif d'utiliser celle-ci et par suite de bénéficier seul de la clientèle qu'une réclame savante a attaché à la marque, celle-ci constitue un précieux élément du fonds, une source de richesse dont on conçoit facilement l'utilisation comme moyen de crédit.

Mais, en ce qui concerne les marques comme en ce qui concerne les brevets, il résulte de l'article 24, paragraphe 3 de la loi de 1909, que le législateur, arbitrairement encore et contrairement à la volonté des parties, a limité le privilège du gagiste aux marques existant dans le fonds au moment de la la conclusion du contrat. Les marques déposées postérieurement ne rentrent pas dans le nantissement du fonds. Ici encore nous devons regretter cette solution erronée et en souhaiter la réforme prochaine.

Dessins et modèles.

77. Les dessins et modèles sont des combinaisons de lignes et de couleurs qui sont purement imaginatives ou qui représentent un objet quelconque du monde extérieur en lui donnant un aspect spécial qui lui permettra d'obtenir la protection de la loi ; le dessin est placé sur une surface plane, le modèle consiste au contraire dans un relief : bijou, statue, etc.

Comme les marques, les dessins et modèles peuvent avoir comme utilité d'attirer l'attention du public sur un produit quand ils consistent en étiquettes, affiches, récipients de forme

spéciale (bouteille à liqueur), etc. Comme les brevets ils peuvent procurer au négociant un monopole d'exploitation quand ils consistent, par exemple, dans un dessin de broderie, une forme de vase, une combinaison de mode. La propriété des dessins et modèles est donc, elle aussi, un moyen d'attirer et monopoliser la clientèle et, par suite, un élément de richesse dont on conçoit le gage. Malheureusement, nous devons de nouveau reproduire ici les mêmes observations qu'en matière de marques et brevets, en vertu de l'article 24, paragraphe 3, le privilège du gagiste est encore limité aux dessins et modèles déposés antérieurement au gage (1).

Succursales.

78. Quand le nantissement est constitué sur un fonds, le privilège du gagiste ne porte pas de plein droit sur les succursales soumises au droit du créancier gagiste, elles doivent avoir été désignées par l'indication précise de leur siège dans l'acte constitutif du gage et dans l'inscription qui le publie au greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel est situé l'établissement principal.

De plus, ajoutons que le nantissement de chaque succursale doit être inscrit au greffe du tribunal de commerce de sa situation comme s'il s'agissait, quant à elle, d'un nantissement isolé.

---

(1) En dehors des brevets, marques, dessins et modèles, *les récompenses industrielles* peuvent constituer elles-mêmes un élément du fonds, une source de richesse pour son propriétaire ; elles attirent la clientèle, elles ennoblissent le fonds en consacrant les mérites industriels et commerciaux du négociant qui l'exploite, quand les récompenses ont été décernées en considération d'un produit déterminé, on conçoit que leur usage commercial puisse être cédé en même temps que le produit.

Puisque nous avons admis qu'en principe le propriétaire du fonds devait céder et gager en même temps que sa clientèle tout ce qui lui permettait de retenir ou attirer celle-ci, nous admettons, quoique le législateur n'y ait fait aucune allusion, que la cession du fonds comprend la cession des récompenses, et que le privilège du gagiste porte lui-même le prix de celle-ci comme il porte sur la clientèle qu'elles attirent, sans qu'il soit besoin pour cela de faire à ce sujet aucune stipulation spéciale. (Rappelons que la réglementation de l'usage des récompenses industrielles a fait l'objet d'une loi du 8 août 1912, dont la mise à exécution est subordonnée à la promulgation d'un règlement d'administration publique qui n'est pas encore paru jusqu'alors.)

Nous retrouvons ici l'erreur dont nous avons déjà à plusieurs reprises déploré la présence en matière de brevets, dessins et marques. Car, dans l'esprit du gagiste, ce qui fait l'objet du gage c'est le fonds de commerce en général avec ses sucursales nées et à naître, ce n'est pas tel et tel établissement existant ; par suite, il aurait dû suffire de noter dans l'acte de nantissement et l'inscription qui le publie que les succursales rentraient dans la composition du gage, sans pour cela devoir strictement énumérer avec l'indication précise de leur siège, les succursales exploitées.

Conclusion.

79. Ainsi, en résumé, en vertu de la loi de 1909, un propriétaire de fonds de commerce peut gager la propriété de son fonds, c'est-à-dire en céder la possession à son créancier tout en en gardant par devers lui la détention. Et, lors de réalisation du fonds par le créancier, le privilège de celui-ci portera toujours sur le prix de vente de l'enseigne, du nom commercial, du droit au bail, de la clientèle (y compris les secrets de fabrication et les récompenses industrielles), il ne portera sur le prix du matériel, de la marque, des dessins et modèles, des brevets et des succursales que s'il en a été spécialement convenu lors de la constitution du gage (en pratique il en est toujours ainsi convenu dans les contrats) il ne portera jamais sur le prix des marchandises et, d'après la jurisprudence, sur le prix du matériel immobilisé par destination, pas plus que sur les autres immeubles ou sur les créances qui ne peuvent être comptés parmi les éléments du fonds.

Encore une fois, le gage ne porte pas sur tel matériel, le droit au bail de tel immeuble, tel achalandage, telle enseigne, il porte sur le fonds de commerce *universalite sui generis* qui subsiste semblable à elle-même quoique ses divers éléments se modifient, que les uns croissent, que les autres décroissent ou s'éteignent ; par suite d'une erreur législative, il n'y a d'exception à ce principe qu'en ce qui concerne les brevets, les dessins, les marques et les succursales, le législateur ayant exigé que dans un délai déterminé le créancier gagiste remplisse, quant à ces différents biens, les formalités habituelles du gage comme s'ils étaient isolément donnés en nantissement (article 9, § 2, art. 24, § 3 de la loi de 1909). Mais nous

ne pouvons que regretter et souhaiter la prompte réforme de cette conception erronée qui est en complète opposition avec la nature juridique du fonds de commerce, *universalite sui generis*, bien spécial, ayant une existence distincte des différents biens qui le composent.

Le privilège du gagiste doit s'étendre en général à toutes les améliorations du fonds, par contre il se restreint aux seuls éléments qui subsistent lors de la réalisation du gage. Le gage sans détention est une forme de sûreté qui repose sur la confiance réciproque des parties ; le créancier au lieu de se faire délivrer la détention du fonds, se fie en son débiteur en lui laissant le soin d'exploiter le bien qu'il s'est fait accorder comme sûreté.

80. Mais l'emprunteur, sorte de mandataire du créancier gagiste, est tenu de gérer, en bon administrateur, le bien qui lui reste confié; si donc, abusant de la confiance qui lui est témoignée, il dissipe, il détourne au préjudice du créancier un élément quelconque du fonds qui, encore une fois, ne lui est laissé qu'à titre de dépôt, de précaire, il se rend coupable d'un abus de confiance et doit se voir appliquer les pénalités de l'article 408 du Code pénal. Tel est notre avis et telle est aussi la solution adoptée par le législateur de 1918 dans le nouveau projet de loi sur les fonds de commerce (article 17 nouveau adopté par le Sénat. Ajoutons que telle est bien la solution adoptée dans une hypothèse semblable par un texte positif actuellement en vigueur, nous voulons parler de la disposition de l'article 13 de la loi du 8 août 1913 en matière de warrant hôtelier. La jurisprudence, cependant, adopte un autre système en ce qui concerne le fonds de commerce et applique à tort, croyons-nous, l'article 400, § 5 du Code pénal, qui punit d'un emprisonnement de un an à cinq ans et d'une amende de 50 à 3.000 francs quiconque aura détruit ou détourné l'objet gagé par lui (Cassation, 13 mars 1909, S. 12, 1. 236, idem., 25 juillet 1912, S. 13, 1. 116). M. Garçon, l'éminent professeur de législation criminelle, combat cette thèse avec beaucoup de raison. Le nantissement du fonds de commerce ne constitue nullement un gage *stricto sensu*, c'est un gage sans détention, sûreté qui n'est nullement visée par l'article 400 qui ne prévoit que le gage avec dessaisissement ; or, c'est un principe formel de droit pénal, qu'un texte ne peut être étendu arbitrairement, pour sanctionner une hypothèse qu'il n'a nul-

lement visée. On ne peut nous faire ce reproche quand nous appliquons en l'espèce l'article 408 qui ne prévoit qu'un délit général dans lequel on peut faire rentrer strictement l'hypothèse que nous examinons.

81. Mais supposons que, sans que l'emprunteur ait commis le moindre délit d'abus de confiance, le fonds de commerce diminue sensiblement de valeur et menace de s'éteindre entre les mains de son détenteur; le créancier gagiste pourrait-il exiger le remboursement immédiat de sa créance? pourrait-il invoquer, par analogie, le bénéfice de l'article 2.131 du Code civil ? Bref, la détérioration du gage rend-elle de plein droit la créance exigible ? Non, l'article 2.131 est spécial à l'hypothèque et ne peut être étendu arbitrairement au gage sans détention, malgré l'analogie remarquable qui existe entre ces deux formes de garantie. Seul, l'article 1.188 peut s'appliquer en notre espèce, la dette ne sera exigible que si l'emprunteur dissipe volontairement le fonds qu'il a donné en gage. Mais les parties peuvent convenir de l'extension de l'article 2.131 au gage sans détention, et c'est même là une convention qui devrait être de style dans tout contrat de nantissement ; on peut prendre en effet pour base de la valeur du fonds, le produit du chiffre moyen des bénéfices nets des dernières années antérieures à l'emprunt par un certain coefficient déterminé, différent suivant la nature du commerce prévu, et stipuler qu'au cas où le chiffre représentant la valeur du fonds, calculé par le même procédé, tombera au-dessous d'un certain minimum pendant une durée de x temps, l'emprunteur aura le droit d'exiger le remboursement de sa créance et de procéder, le cas échéant, à la réalisation de son gage. Cette convention serait accompagnée d'un pouvoir en vue de permettre au créancier de vérifier périodiquement la comptabilité et le matériel de l'affaire, quant à l'entretien, au renouvellement et à l'assurance duquel le contrat de nantissement pouvait imposer au propriétaire du fonds des obligations spéciales, nettement déterminées.

Ainsi, grâce à cette clause, le risque du créancier nanti serait réduit au strict minimum et on ne pourrait plus prétendre que le gage n'est réalisable que lorsque la ruine complète du négociant lui aura retiré toute valeur.

82. Mais cette extension des dispositions de l'article 2.131 ne peut être que conventionnelle et, aujourdhui, seul l'arti-

cle 1.188 est applicable en notre matière ; l'article 13, § 1 de la loi de 1919 ne constitue d'ailleurs pas autre chose qu'une application particulière de cet article.

Aux termes de l'article 13, § 1 de la loi de 1909, le déplacement du fonds sans le consentement du gagiste peut, en effet, s'il en résulte pour le fonds une dépréciation, rendre exigible la créance garantie par le gage. La créance sera rendue exigible de plein droit si, quinze jours avant le déplacement du fonds, le débiteur n'a pas notifié (1) au créancier gagiste son intention de changer le lieu de son exploitation, elle ne sera que facultative dans le cas contraire, et pourra être prononcée par le tribunal de commerce de la situation du fonds.

Encore une fois, cette conception spéciale de la loi de 1909 n'est qu'une simple application de l'article 1.188, car dans cette hypothèse c'est bien par son fait que le débiteur a diminué les sûretés qu'il avait données par contrat à son créancier.

Remarque.

83. Avant de quitter cette section, remarquons bien que cette forme technique du gage sans détention ne s'applique que lorsqu'il s'agit de donner en gage le fonds de commerce dans son ensemble ; on ne pourrait nullement appliquer la loi de 1909 s'il s'agissait de gager simplement un élément du fonds, envisagé individuellement ; dans cette hypothèse, il serait absolument indispensable de se conformer aux obligations imposées par l'article 2.076 du Code civil et, par suite, de transférer réellement la détention du bien (2).

Ainsi en décide, avec juste raison, la cour de cassation (arrêt du 17 juin 1918, *Journal des faillites*, 1918, page 149) qui cassa un arrêt de la cour de Bourges du 24 février 1914

---

(1) La loi n'a imposé aucune forme spéciale à cette notification ; le nouvel article 25 du projet Cordelet exige que cette notification ait lieu par lettre recommandée; aujourd'hui elle peut être faite par tout moyen, pourvu que le détenteur du fonds s'en conserve la preuve.

(2) N'oublions pas cependant que la jurisprudence appliquerait la forme du gage sans détention à tous les éléments incorporels du fonds, étendant ainsi abusivement les dispositions de l'article 2.075 du Code civil ; le législateur a d'ailleurs sanctionné cette pratique pour ce qui concerne le gage des brevets et des marques.

D. 1915, 2. 83) admettant que le nantissement du fonds de commerce pouvait, en vertu de la convention des parties, être limité au matériel dépendant du fonds et même à certaines parties du matériel spécialement désignées et qui, par suite, n'exigeait aucun dessaisissement de ce matériel pour valider le gage. En vérité, le gage sans dessaisissement du matériel dépendant d'un fonds de commerce n'a été admis par le législateur que dans une seule hypothèse : en matière d'industrie hôtelière, en vertu de la loi du 8 août 1913.

84. Il est d'ailleurs douteux que cette loi soit étendue aux autres fonds de commerce ; nous ne connaissons, jusqu'à présent aucun exemple de constitution de warrant hôtelier, un créancier préfère de beaucoup, en effet, étendre son gage au fonds de commerce tout entier plutôt que de le limiter à un seul élément du fonds, fût-il, comme c'est le cas du matériel en matière hôtelière, le principal élément de celui-ci ; la loi de 1913 est restée inutilisée en pratique quoi qu'elle contienne certaines innovations ou précisions heureuses en ce qui concerne, entre autres, la limitation du privilège du bailleur ou le gage du matériel immobilisé par destination (article 1, article 2, § 1). Ces dispositions pouvaient, d'ailleurs, fort bien être introduites dans la loi réglementant le gage du fonds de commerce et, le besoin ne se faisait nullement sentir en pratique, ni en droit, d'élaborer une loi aussi longue et aussi obscure qu'est la loi du 8 août 1913 sur les warrants hôteliers (1).

---

(1) Nous ne croyons pas devoir nous étendre plus longuement sur la question du warrant hôtelier.

Notre travail n'a d'autre but que l'étude des différentes garanties qui peuvent être constituées sur un fonds de commerce ; nous laissons donc volontairement dans l'ombre l'examen des sûretés qui peuvent avoir pour objet des éléments isolés du dit fonds. Pas plus que nous n'étudions le gage isolé des marchandises, le gage du droit au bail, le gage des brevets, des marques, des dessins et modèles, nous ne devons nous attarder à l'examen du warrant hôtelier, qui n'est autre chose qu'un gage sans déplacement du matériel considéré séparément du fonds.

CHAPITRE III

Conditions de formes et conditions mixtes.

Rédaction d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé enregistré.

85. Le gage du fonds de commerce est un contrat solennel, il ne peut être constaté que par un acte authentique ou par un acte sous seing privé dûment enregistré.

S'il est reçu sous la forme authentique, il doit faire l'objet d'un acte en minute, car une expédition du titre doit être déposée au greffe du Tribunal de commerce à l'appui de la déclaration de nantissement du fonds.

S'il est reçu sous seing privé, l'original de l'acte de nantissement doit être établi sur papier timbré, mais les actes déposés aux greffes du Tribunal de commerce de l'établissement principal et de chacune des succursales du fonds peuvent être établies sur papier libre à conditon de mentionner la destination spéciale (article 34, § 3). Le contrat de nantissement étant un contrat unilatéral, les actes sont dispensés de la formalité du bon pour ou de l'approuvé et de l'exigence de la mention, sur chaque acte, du nombre des exemplaires qui ont été dressés.

L'acte sous seing privé doit être enregistré dans la quinzaine de la constitution du gage, car le greffier du Tribunal de commerce refusera toujours d'inscrire un nantissement dont l'acte constitutif ne serait pas enregistré, le droit d'inscription est en effet perçu lors de l'enregistrement de l'acte. Cependant, l'inscription ne serait pas nulle si elle avait eu lieu antérieurement à l'enregistrement (id. hypothèque, Aubry et Rau, III, § 266 ; articles 33 et 34, loi du 22 frimaire, an VII).

Formalité de l'inscription

86. Cette condition n'est pas dans le nantissement du fonds une simple conditon de publicité, c'est une condition de validité du contrat (art. 11) « l'inscription doit être prise à peine

de nullité du nantissement dans la quinzaine de l'acte constitutif ». Nous avons déjà expliqué les raisons de cette exigence spéciale, le législateur a voulu éviter que le gagiste, en retardant l'inscription de son privilège, ne maintienne frauduleusement, à son débiteur, l'apparence d'une solvabilité mensongère et trompe, ainsi, les autres créanciers en ne leur dévoilant son privilège que quelques jours seulement avant la cessation de payement de leur débiteur commun.

Pour la clarté du sujet, il sera préférable de reporter l'étude détaillée des formalités d'inscription après les chapitres consacrés à l'étude du droit de suite et du droit de préférence du créancier nanti.

Sachons simplement que cette inscription s'effectue sur un registre déposé au greffe du Tribunal de commerce de la situation du fonds, que si le fonds se déplace elle doit être reproduite par le créancier gagiste dans la quinzaine de la notification du déplacement sur le registre du greffe de la nouvelle situation du fonds, mention étant faite du nouveau siège en marge de la première inscription (art. 13,§ 1) ; sachons que dans le court délai de quinzaine suivant lequel peut être prise l'inscription, des événements peuvent intervenir qui rendent, celle-ci, inefficace : ce sont le transfert de propriété du fonds ou la faillite du débiteur ; sachons enfin que l'inscription se prescrit par cinq ans et qu'elle ne garantit accessoirement à la créance que deux années d'intérêts.

L'inscription se réalise par le dépôt au greffe d'une expédition de l'acte de nantissement ou d'un original sous seing privé et d'un double bordereau sur papier libre mentionnant : 1° les nom, prénoms, profession, domicile du créancier, du débiteur et du tiers constituant ; 2° la date et la nature du titre ; 3° le montant de la créance garantie avec indications relatives aux intérêts et à l'exigibilité de la créance ; 4° la désignation du fonds et de ses succursales et la mention des divers éléments auxquels ne s'étend pas obligatorement le page ; 5° élection de domicile du créancier gagiste dans le ressort du tribunal de commerce (art. 24, § 2).

Enfin, quand le fonds renferme des brevets, des marques, dessin et modèles, l'inscription du gage au greffe du Tribunal de commerce est insuffisante pour rendre opposable aux tiers le privilège du gagiste sur ces divers éléments, nous savons que le législateur exige à tort l'inscription du gage à l'office

de la propriété individuelle comme si ces divers éléments étaient gagés isolément (art. 24, § 3) (1).

Conditions mixtes.

87. Il existe sans conteste en matière de gage sans dépossession des conditions de spécialité aussi bien qu'en matière d'hypothèque. Les tiers doivent toujours pouvoir apprécier de la façon la plus nette et la plus précise, l'étendue du privilège du gagiste sur le fonds.

En conséquence le chiffre de la créance garantie doit tout d'abord être déterminé avec précison. Nous n'hésitons pas à étendre en l'espèce, l'art. 2.132 du Code civil, toute obligation de faire (2) garantie par un gage doit être appréciée en argent dans l'inscription de celui-ci. D'autre part nous repoussons l'application de l'art. 2.082 (3), le privilège du créancier nanti garantit uniquement la créance qui a donné naissance au gage, il ne garantit pas les créances qui sont nées après la constitution de celui-ci ; l'art. 2.082 trouve sa raison d'être dans le droit de rétention du créancier gagiste ordinaire. Or, le créancier nanti d'un fonds de commerce, nous le savons, ne possède aucun droit de rétention puisqu'il n'a pas la détention du fonds, par suite, une nouvlle constitution de gage, une nouvelle inscription serait indispensable pour garantir la nouvelle créance.

Enfin, la règle de la spécialité s'applique aussi en ce qui concerne le bien objet du gage, les bordereaux d'inscription doivent spécifier nettement la situation et l'objet du fonds donné en gage et désigner nominalement les différents éléments qui doivent être grevés.

Ces règles de spécialité sont imposées aux parties à peine de nullité, tout nantissement consenti en garantie d'une avance non déterminée et, sur un fonds non spécifié sera frappé de nullité radicale.

---

(1) Il n'y a pas plus de raison, en effet, de publier le gage des brevets que de signifier au bailleur le gage au droit au bail. Cette dernière formalité, heureusement, n'est pas envisagée.

(2) Un gage sur fonds de commerce peut, en effet, garantir une obligation de faire, par exemple l'obligation, pour un limonadier, de se fournir toujours chez le même brasseur.

(3) En ce sens, tribunal de commerce du Havre, 21 mars 1907. *Journal des faillites*, 1908, page 79.

TITRE II

Les effets du nantissement du fonds.

88. Le nantissement du fonds de commerce est la sûreté qui, sans retirer immédiatement au propriétaire du fonds la détention de celui-ci, confie la possession du bien au créancier nanti, lui permet de le réaliser à l'échéance de la dette et, pour cela, de le suivre en quelques mains qu'il se trouve avant de se faire payer sur le prix, par préférence aux autres créanciers.

A l'échéance de la dette, le créancier nanti a donc le droit de saisir le fonds en quelques mains qu'il se trouve, le droit de le réaliser, c'est-à-dire de le vendre aux enchères, et enfin le droit de se faire payer par préférence sur le prix. Le droit de suite permet donc l'exercice du droit de préférence, c'est lui que nous étudierons dans un premier chapitre.

Remarque.

89. Le droit de suite du créancier gagiste menace très gravement les tiers acquéreurs d'un fonds de commerce, il est donc indispensable que les tiers soient avertis de l'existence de privilèges sur le fonds et, de fait, le législateur a subordonné la validité du nantissement à la publicité du gage. Mais, tandis que le législateur reconnaissait, avec juste raison, en matière d'hypothèque que la publicité de celle-ci ne pouvait avoir d'utilité que si elle se complétait d'une publicité plus large s'appliquant à tous les transferts et à toutes les constitutions de droit réel diminuant la valeur des biens hypothéqués ; en matière de nantissement de fonds de commerce, au contraire, il n'organisa que la publicité au privilège du gagiste, et laissa se constituer librement sur le fonds tout autre droit réel qui devient, par suite, opposable au tiers dès l'instant même de la conclusion du contrat sans que sa validité soit subordonnée, quant aux tiers, à la moindre formalité de publicité.

Il n'existe en matière de vente ou de donation de fonds de commerce aucune disposition semblable aux dispositions de

la loi de 1855 et de l'article 941 ; et, encore une fois, il est profondément regrettable que le législateur n'ait pas complètement assimilé le registre du commerce établi par la loi du 18 mars 1919 au registre de transcription de la loi de 1885. Nous avons déjà étudié cette question dans une autre partie de ce travail (1), il est donc inutile que nous nous arrêtions plus longtemps sur cette observation dont nous tenions cependant à signaler l'importance. En effet, les prêteurs de deniers qui veulent se faire consentir un gage sur le fonds ne peuvent nullement se rendre compte du nombre des inscriptions actuellement existantes par suite de leur ignorance du nom des différents propriétaires du fonds qui, dans le passé, ont pu consentir des privilèges sur leur bien ; car la publicité de nantissements est faite sur le nom des propriétaires et non pas sur le fonds ainsi que nous le verrons plus loin quand nous étudierons les différentes questions qui touchent à la publicité. En vue de corriger cette imperfection, le nouveau projet Cordelet stipule, dans son article 12, que dans tout acte de nantissement, le constituant devra désormais faire connaître la date et la nature de son titre d'acquisition du fonds, ainsi que les noms, prénoms et professions de son auteur. Quoique incomplète, cette réforme serait extrêmement utile mais il serait encore bien préférable d'organiser plus judicieusement le registre du commerce en faisant de lui un registre analogue au livre de transcription de la loi de 1855, et en imposant sur ledit registre non pas seulement l'immatriculation des commerçants, ainsi que semble l'exiger seulement la loi de 1919, mais encore l'immatriculation de tous les artisans qui, ainsi que nous l'avons vu, possèdent comme des commerçants un fonds de commerce (n° 52).

---

(1) Voir n° 46.

CHAPITRE PREMIER

Droit de suite.

90. Quoique le fonds de commerce soit un bien mobilier, le droit de suite ne fait aucunement échec aux principes généraux qui règlent les biens meubles et à l'exercice 2.279 en particulier ; le fonds de commerce est meuble incorporel et nous savons que, relativement aux biens de cette catégorie, la règle « en fait de meuble possession sans titre » ne s'applique jamais. Mais, ainsi que nous l'avons déjà fait observer, cette règle retrouve toute son application lorsqu'il s'agit simplement d'éléments corporels du fonds de commerce ; nous verrons au cours de ce chapitre que tout droit de suite disparaît en cas d'aliénation isolée de ces meubles.

Dans quel cas y a-t-il lieu à droit de suite ?

91. Le propriétaire du fonds de commerce qui constitue un droit de gage sur son bien, conserve le droit et, disons même plus, contracte l'obligation d'administrer son fonds en bon père de famille. Il peut donc, non seulement acheter et vendre les marchandises sur lesquelles son créancier n'a aucun privilège, mais aliéner, modifier, remplacer son outillage usagé, démodé ; résilier son bail pour en contracter un autre lui permettant de s'installer dans un quartier plus avantageux, changer ou modifier son enseigne, bref, accomplir toutes les opérations qui rentrent dans la gestion normale du fonds en vue de développer ou maintenir son chiffre d'affaires et la valeur de son fonds. Encore une fois, rappelons que le gagiste n'a pas obtenu de privilège sur tel matériel, tel droit au bail, il s'est fait consentir un nantissement sur une universalité mouvante et vivante, on ne peut nullement étendre l'erreur du législateur dont nous avons déjà si souvent regretter la présence en ce qui concerne les brevets, les marques, les dessins, les succursale du fonds, tous élments donnés individuellement en gage et sur lesquels le propriétaire du fonds n'a

plus véritablement aucun pouvoir de disposition, dussent-ils être aliénés et remplacés par d'autres dans l'intérêt du fonds.

Le débiteur conserve le droit d'administrer son bien, il en conserve de même la jouissance. C'est lui qui bénéficie de tous les produits de son fonds, c'est de même lui qui bénéficierait du prix de sa location s'il louait celui-ci entièrement ou certaines parties de ses éléments, ainsi qu'il en possède le droit (1). Mais une clause du contrat de nantissement peut toujours lui retirer cette faculté en sanctionnant cette défense par l'exigibilité immédiate de la créance. En admettant que le propriétaire du fonds ait loué celui-ci, pourrait-il disposer à l'avance des fruits de la location ? — Oui, aucun texte ne permet d'annuler de plein droit, sauf application de l'article 1.167, cet acte de disposition. Mais, bien entendu, une telle manœuvre diminuant, sans conteste, les sûretés du créancier, celui-ci, en vertu de l'article 1.188, pourrait exiger immédiatement le remboursement de sa créance.

Par contre, si le propriétaire du fonds conserve son droit d'administration et de jouissance du fonds, il ne conserve nullement son droit de disposition et le droit de suite du créancier gagiste pourra toujours s'exercer si l'emprunteur a aliéné purement et simplement le fonds ou quelques-uns de ses éléments séparés dans un autre but que le but de gestion.

Aliénation du fonds ou de ses succursales.

92. Le droit de suite du créancier gagiste est nettement spécifié par l'article 22 de la loi de 1909. Cette solution, encore une fois, n'est nullement contraire aux principes en vigueur dans notre législation positive et elle était, sans conteste, applicable avant le vote de la loi de 1909, sous l'empire de la loi de 1898 (2).

---

(1) Si un administrateur provisoire n'est pas désigné au début de la procédure de réalisation du fonds, le propriétaire de celui-ci, nullement dessaisi, conservera son droit d'administration et de disposition du fonds jusqu'au jour de l'adjudication ; jusqu'à ce jour, par suite, il peut louer son fonds, sauf application de l'action Paulienne.

(2) Sous le régime de la loi de 1898, la jurisprudence n'admit pas toujours cette solution (Paris, 22 mars 1905, S. 1905. 2. 221, et Paris, 13 mars 1909 ; cependant, par un arrêt du 26 janvier 1914, la Cour de cassation reforma cette jurisprudence admettant, avec juste raison, que le droit de suite existait avant 1909.

Ainsi, alors même que le fonds de commerce ne sera plus la propriété du débiteur constituant, le créancier gagiste pourra suivre ce bien entre les mains de son nouveau propriétaire et en poursuivre la réalisation afin de se faire payer par préférence sur le prix. Mais si cette solution est toujours rationnelle quand il s'agit du fonds principal, elle ne sera pas toujours légitime, quand il s'agira d'une vente de succursale. L'intérêt du fonds de commerce donné en gage peut fort bien exiger l'abandon d'une succursale en vue de la création d'un autre établissement dans un lieu différent, l'aliénation d'une succursale peut faire légitimement l'objet d'un acte d'administration et, dans ce cas, nous admettrions sans réserve que le privilège du créancier s'éteigne sur ce fonds pour se reporter sur le fonds nouvellement acquis, de même qu'en cas de remplacement de matériel, il se reporte sur les nouvelles machines ou le nouvel outillage.

Mais, ainsi que nous le savons, la solution du législateur est tout autre, le privilège du créancier gagiste se maintient sur le fonds de la succursale aliénée, il ne se reporte jamais sur la nouvelle succursale, autrement dit, on peut considérer le gage d'une succursale comme un gage de fonds de commerce indépendant, quelle que soit la raison de l'aliénation de celle-ci, le créancier gagiste possède un droit de suite pour en réaliser le prix.

Aliénation des éléments séparés du fonds de commerce

93. Le propriétaire du fonds conserve le droit de conclure toutes les aliénations rentrant dans son pouvoir de gestion, il ne peut légitimement en conclure aucune autre. Mais s'il dispose injustement d'un élément de son fonds, le créancier gagiste pourra-t-il suivre l'élément aliéné entre les mains de son nouveau possesseur ?

Une distinction s'impose suivant qu'il s'agit ou non d'un élément corporel.

94. *Aliénation de meuble corporel.* — Si, avant que le créancier gagiste ait eu le temps de réaliser le fonds, le propriétaire de celui-ci, à court d'argent, a liquidé tout son matériel, il est certain qu'on ne peut considérer que cet acte d'alié-

nation constitue un acte de gestion autorisé par le contrat du gage, il constitue un acte de disposition non autorisé, un véritable abus de confiance au préjudice du créancier gagiste qui n'avait laissé le fonds qu'à condition qu'on en use en bon père de famille. Mais, quoiqu'il soit admis que le créancier gagiste ait un droit de suite sur le fonds, on ne peut lui permettre de suivre ces différents meubles entre les mains de leurs divers acquéreurs. Ceux-ci qui n'ont à se reprocher aucune faute, et n'ont à regretter nullement une confiance mal placée dans un débiteur malhonnête, pourront opposer au créancier gagiste le bénéfice de l'article 2.279 et repousser tout droit de suite sur l'objet de leur acquisition.

Rappelons que le créancier gagiste aura un recours pénal contre son débiteur, nous avons admis qu'il pourrait faire condamner celui-ci aux peines de l'abus de confiance, en application de l'article 408 du Code pénal (n° 80).

95. *Aliénation d'éléments incorporels.* — En admettant que le propriétaire du fonds ait liquidé frauduleusement les éléments incorporels de son fonds, ait consenti sur eux des actes d'aliénation qui ne correspondent nullement à des actes de gestion du fonds mais à des actes de disposition, le créancier gagiste gardera son droit de suite sur ces différents éléments, et leurs différents acquéreurs ne pourront nullement le repousser en exécution de l'article 2.279, celui-ci ne s'appliquant qu'aux meubles corporels.

Cependant, remarquons encore, comme nous l'avons déjà fait en ce qui concernait les succursales, que par suite d'une erreur du législateur le créancier garderait son droit de suite sur les brevets, marques, dessins et modèles alors même que leur aliénation rentrerait dans les actes de bonne administration du fonds ; le créancier gagiste possède sur ces différents éléments une sorte de droit de gage spécial qui, ne se reportant nullement sur les nouveaux dessins, brevets, modèles, suit les biens nantis lors de la conclusion du contrat du gage sur le fonds, en quelques mains qu'ils se trouvent.

96. *Remarque.* — Nous verrons plus loin, quand nous étudierons la question de la réalisation du fonds, qu'en vertu de l'article 20 de la loi de 1909, il ne peut être procédé à la vente séparée d'un élément d'un fonds de commerce grevé d'inscrip-

tion, poursuivi sur saisie d'exécution, que dix jours au plus tôt après la notification de la poursuite aux créanciers inscrits. Supposons que ce soit un élément incorporel du fonds qui ait été ainsi aliéné sans qu'aucune notification ait été faite au créancier nanti, son droit de suite subsistera-t-il sur ce bien ? Nous l'affirmons sans hésitation et, nous ajoutons encore que, si au lieu d'un meuble incorporel c'était un meuble corporel qui avait été aussi aliéné, certes l'acquéreur de ce meuble pourrait opposer au créancier gagiste le bénéfice de l'article 2.279 du Code civil, mais le poursuivant serait responsable vis-à-vis du dit créancier du dommage que celui-ci subit par la vente séparée de ce meuble et pourrait être condamné à son profit au paiement d'une indemnité, en application de l'article 1.382 du Code civil.

97. *Déplacement du fonds.* — De même que le privilège du gagiste suit le fonds en quelque main qu'il se trouve, il le suit de même en quelque lieu qu'il ait été transporté par le constituant du gage ou par ses ayants cause (1).

Nous savons déjà que le propriétaire du fonds doit notifier à son nouveau gagiste, quinze jours au moins d'avance, son intention de déplacer le fonds et le nouveau siège qu'il entend lui donner. Dans la quinzaine de l'avis ainsi notifié, ou dans la quinzaine de la connaissance qu'il aura eue de ce déplacement, le créancier gagiste sera tenu d'inscrire son nantissement sur le registre du greffe du tribunal de commerce de la nouvelle situation du fonds et de noter en marge de l'ancienne inscription le nouveau siège de celui-ci.

Mais pour que le privilège du créancier gagiste puisse se reporter sur le fonds transféré, il faut qu'il s'agisse bien toujours du même fonds, de la même entité juridique caractérisée par le même nom commercial, la même enseigne, le même matériel, les mêmes marques, les mêmes brevets, et la même clientèle si possible. Avec raison, le tribunal de commerce de la Seine, dans un jugement du 14 février 1912 (*Revue du Notariat*, 1912, page 269) n'a pas admis qu'un

---

(1) De même encore, le privilège du gagiste suit le matériel quand celui-ci, en vue de l'exploitation du fonds, est l'objet d'un déplacement habituel (location de machines agricoles, location de pianos, etc.).

créancier nanti puisse reporter son privilège sur un fonds de commerce de détail acquis par son débiteur et exploité par lui dans un autre lieu que le fonds donné primitivement en gage alors que les deux fonds situés dans des quartiers absolument différents avaient une clientèle et un achalandage absolument distincts. Même solution, Cour de Poitiers, 10 décembre 1908, *Revue du Notariat*, 1909, page 841. Pour que le privilège du créancier nanti se maintienne et qu'on puisse vraiment parler de droit de suite, il faut qu'il s'agisse à proprement parler d'un déplacement du fonds et non de la fermeture d'un fonds et de l'acquisition ou de la création d'un autre.

Condition d'exercice du droit de suite. — Aliénation exclusive du droit de suite.

Conditions d'exercice.

98. Pour que le droit de suite puisse s'exercer, il faut que le contrat de nantissement ait été valablement établi sur le fonds et qu'il ait été en outre régulièrement publié conformément aux exigences de l'article 10 de la loi du 17 mars 1909, puisque seule son inscription sur le registre tenu au greffe du Tribunal de commerce de la situation du fonds est susceptible de rendre opposable aux tiers, le privilège du gagiste. Le privilège sera régulièrement publié quand l'inscription aura été prise, dans la quinzaine de l'acte constitutif du gage (article 11, paragraphe 1) à condition toutefois que dans cet intervalle qui sépare la conclusion du contrat de la prise d'inscription, le fonds de commerce n'ait pas été aliéné ou que son titulaire ne soit pas tombé en faillite (article 11, paragraphe 2 application de l'article 448 du code). En effet, en matière de fonds de commerce, le transfert de propriété s'opère par le seul consentement des parties sans qu'il soit besoin vis-à-vis des tiers d'aucune transcription ; il en résulte que si une vente est intervenue avant que l'inscription ait été prise, le gage ne peut être opposé à l'acquéreur en vertu de l'article 10, paragraphe 2 de la loi de 1909, le privilège ne s'établissant que par le fait de son inscription sur le registre public ; et la disposition de l'article 448 du Code de commerce, étendue au gage du fonds de commerce par l'article 11, paragraphe 2 s'ex-

plique pour les mêmes raisons, le jugement déclaratif de faillite emportant de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement du failli au profit de la masse.

Mais l'article 11, paragraphe 2 ne se borne pas à mentionner l'article 448 du Code de commerce, il mentionne d'autre part les articles 446 et 447. Ne devons-nous pas en conclure que lorsque le créancier gagiste aura contracté son nantissement dans les circonstances spécifiées par lesdits articles, son privilège sera nul et qu'il n'aura donc pas le droit de suivre le fonds entre les mains de ses différents acquéreurs ?

Non, les nantissements consentis dans les circonstance prévues par les article 446 et 447, ont nuls relativement à la masse et ne sont nuls que relativement à celle-ci ; par suite, le privilège du gagiste subsiste à l'égard des tiers acquéreurs, le créancier nanti conservera son droit de suivre le fonds en quelques mains qu'il se trouve et de le faire, ainsi, rentrer dans la masse dont une partie du prix lui reviendra malgré tout. La loi de 1909 ne contient en effet aucune disposition semblable à l'article 2.146 du Code civil qui porte que « les inscriptions ne produisent aucun effet si elles sont prises dans les délais pendant lesquels les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls », et qui explique dans les circonstances des articles 446 et 447 l'extinction du privilège du créancier hypothécaire, tant au point de vue du droit de suite qu'au point de vue de droit de préférence, ainsi qu'il est universellement admis aujourd'hui.

Aliénation excluant le droit de suite.

99. *Aliénations excluant le droit de suite.* — Alors même que le contrat de nantissement aura été valablement conclu et publié, certaines circonstances pourront intervenir qui éteindront le droit de suite attaché au privilège du créancier nanti.

100. *1° Expropriation pour cause d'utilité publique.* — Si l'intérêt général exige, en effet, qu'un fonds de commerce soit enlevé à son propriétaire pour rentrer dans la catégorie des industries ou commerces monopolisés par l'Etat, le droit de suite du créancier gagiste sur le fonds s'éteindra par le fait même de l'expropriation (1).

---

(1) Le privilège du créancier gagiste s'exercera alors sur la créance d'indemnité d'expropriation du propriétaire du fonds.

101. 2° *Certaines ventes du fonds de commerce aux enchères publiques.* — De même qu'en matière immobilière, toutes les fois que le prix du fonds de commerce aura été fixé avec garantie suffisante et que les créanciers nantis seront intervenus dans les aliénations afin de sauvegarder leur droit, le droit de suite attaché à leur privilège sera purgé de plein droit.

Il en sera ainsi, comme l'expose l'article 22 de la loi de 1909, toutes les fois que le fonds de commerce aura été adjugé suivant les formes établies par les articles 5, 15, 16, 17, 18, 20 et 23 de la dite loi.

Purgent donc de son droit de suite le privilège du gagiste :

1° La vente aux enchères poursuivie à la requête d'un créancier nanti ou d'un vendeur non payé, conformément aux exigences des articles 15 et 16.

2° La vente poursuivie sur surenchère du sixième, au cas de vente amiable du fonds (article 5).

3° La vente poursuivie, en cas de saisie isolée d'un élément du fonds, à la demande du saisissant, du tiers saisi ou d'un créancier privilégié (article 15 et 20).

4° La vente poursuivie en cas de purge du fonds, sur surenchère du dixième d'un créancier privilégié (article 23).

Tels sont les quatre cas prévus par l'article 22 de la loi de 1909, telles sont les seules aliénations qui purgent le privilège de son droit de suite (1).

102. Si le propriétaire du fonds étant déclaré en faillite, le syndic décide la mise en vente du fonds en dehors de toute participation des créanciers privilégiés, le droit de suite de ceux-ci ne sera pas purgé (2), la vente après faillite n'est nul-

(1) Le nouveau projet Cordelet, dans son article 328, prévoit une autre vente susceptible de purger le droit de suite et le fonds, vente aux enchères publiques exécutée à la requête du débiteur lui-même : « Tout commerçant, avant d'être l'objet de poursuites de saisie exécution, peut présenter requête au tribunal de la situation du fonds, à l'effet d'obtenir la mise en vente de son fonds aux enchères publiques. Le tribunal, après l'avoir entendu, ordonne, s'il y a lieu, la vente du fonds et désigne un administrateur provisoire ». Cette décision, contraire aux dispositions de l'article 743 du Code de procédure, a pour but d'éviter au commerçant les désagréments et les frais d'une saisie, et de le mettre à l'abri du soupçon d'avoir tiré bénéfice de la vente hâtive du fonds. Elle évite, en outre, les complications coûteuses et longues d'une surenchère du sixième ou du dixième sur la vente.

(2) Telle est tout au moins la solution théorique, qui ne semble pas être la solution de la jurisprudence, si on en juge d'après les tendances dont elle témoigne en matière immobilière.

lement prévue par l'article 22, elle ne purge par le droit de suite du gagiste.

En effet, en vertu de l'article 486 du Code de commerce, pendant la période préparatoire de la faillite, le syndic a tout pouvoir pour vendre à l'amiable, sur autorisation du juge commissaire, tout meuble corporel et incorporel faisant partie de la masse ; après l'union, il peut de même mettre le fonds en vente de sa propre autorité et, s'il est alors obligé de le vendre aux enchères, puisqu'il s'agit d'une vente forcée, cette vente aux enchères n'offre aucune garantie aux créanciers gagistes qui n'y sont nullement conviés. D'ailleurs, la purge du droit de suite ne peut être qu'exceptionnelle, elle ne peut résulter que d'un texte précis qui l'autorise, or, encore une fois, l'article 22 ne prévoit nullement parmi les aliénations qui entraînent purge du droit de suite, la vente du fonds sur faillite.

Il ne faudrait d'ailleurs pas nous opposer que le syndic représentant tous les créanciers du commerçant, représente, par le fait, les créanciers gagistes ; il ne représente nullement les créanciers privilégiés, mais les créanciers chirographaires purs et simples ; le titulaire d'un droit de nantissement sur le fonds peut d'ailleurs ne pas être créancier du failli, puisque son gage peut fort bien lui avoir été consenti par un autre propriétaire que celui-ci.

103. *Remarque.* — Nous n'avons examiné, jusqu'à présent, que les aliénations de fonds *in globo* excluant droit de suite. Mais nous savons que l'aliénation de certains éléments du fonds exclut sur ceux-ci tout droit de suite de créanciers privilégiés.

Il en est ainsi, tout d'abord, des aliénations d'éléments corporels du fonds dont les acquéreurs se trouvent protégés par l'article 2.279 du Code civil ; quant aux éléments incorporels, il nous semble que seule l'expropriation pour cause d'utilité publique serait susceptible de purger tout droit de suite (1). La purge est, en effet, une conséquence exceptionnelle attachée par le législateur à certaines aliénations, or, ni

(1) Le droit au bail peut faire l'objet d'une expropriation aussi bien que tout autre élément corporel. Voir, à ce sujet, sur le droit des créanciers nantis un article de M. Fredault dans les *Annales de Droit commercial*, année 1913.

quant aux brevets, ni quant aux marques, dessins, modèles, etc., nous ne trouvons de disposition législative attachant cet effet à une adjudication quelconque, fût-elle faite aux enchères publiques sur saisie.

Exercice du droit de suite.

104. L'exercice du droit de suite tend directement à l'expropriation forcée du tiers détenteur, et cette expropriation se réalise suivant les formes des articles 16 et suivants de la loi de 1909, forme que nous examinerons en détail dans notre chapitre consacré à l'étude du droit de préférence.

Sachons simplement que le gagiste fera sommation au débiteur et au tiers détenteur de payer la créance garantie par le gage et qu'il déposera, huit jours après cette sommation restée infructueuse, une demande devant le Tribunal de commerce, de la situation du fonds, en vue de lui faire ordonner la vente de celui-ci (1). Le Tribunal nommera, s'il y a lieu, un administrateur provisoire du fonds, fixera les mises à prix et les conditions générales de la vente ; commettra, pour y procéder, un officier public qui dressera un cahier des charges et la procédure de vente se poursuivra alors régulièrement, conformément aux dispositions de l'article 17.

Le droit de suite du créancier gagiste pourra s'exercer dès que la créance qu'il garantit sera devenue exigible ; il s'exercera alors de plein droit que le créancier soit privilégié en premier, deuxième ou troisième rang, en se manifestant, tout d'abord, par une sommation au tiers détenteur du fonds. Or, dès le reçu de cette sommation, le tiers, détenteur du fonds, pourra prendre diverses attitudes :

1° *Il pourra, le cas échéant, opposer certaines exceptions à la poursuite du créancier gagiste.* Il pourra opposer l'inexistence du privilège du gagiste, sa nullité ou son extinction, il pourra aussi, dans certaines circonstances, opposer au poursuivant une exception de garantie, mais il ne pourra jamais opposer une exception de discussion ; nous ne trouvons dans

(1) Mais si les deux sommations ne peuvent avoir lieu le même jour, à compter de laquelle devra-t-on faire courir le délai de huit jours ? Nous admettons que les huit jours devront certainement courir du jour de la dernière sommation.

la loi de 1909 aucune disposition analogue aux dispositions de l'article 2.171 du Code civil ; cette disposition équitable, c'est vrai, mais contraire aux principes qui régissent l'exercice du privilège du gagiste, ne peut être étendue en notre matière sans un texte (1).

2° *Il pourra désintéresser le créancier poursuivant* et devra le désintéresser complètement pour arrêter les poursuites, mais il sera alors complètement subrogé à ses droits contre celui pour lequel il aura acquitté bénévolement une dette. Il aura de même un recours contre son propre vendeur, recours en garantie dans les termes de l'article 1.126 du Code civil.

105. 3° *Il pourra laisser poursuivre la procédure* et accepter que le Tribunal de commerce ordonne la vente du fonds conformément aux prescriptions des articles 15, 16, 17 de la loi de 1909 (2). Jusqu'à l'adjudication même, le fonds de commerce reste la propriété du tiers détenteur qui, sauf nomination d'un administrateur provisoire par le tribunal de commerce (article 15, § 5), conserve son droit de jouissance et d'administration sur le fonds, tout aussi bien que son droit de disposition ; la loi de 1909 ne renferme aucune disposition assimilable aux articles 2.176 du Code civil, 684, 685, 686, 687 du Code de procédure, et l'article 711 du dit code ne s'applique pas davantage à notre matière, le tiers détenteur pourra fort bien se porter adjudicataire du fonds, son droit de propriété se trouvant alors consolidé et payé de tout droit de gage ; s'il ne se porte pas adjudicataire, son droit de propriété ne s'en trouvera cependant pas rétroactivement résolu, l'adjudication s'interprète comme une transmission de propriété du tiers détenteur à l'adjudicataire, et les nantissements consentis sur le fonds par le tiers détenteur sont parfaitement valables, leurs titulaires exerceront leurs droits après les créanciers poursuivants qui leur étaient supérieurs en rang.

---

(1) A plus forte raison on ne peût parler ici d'une exception de cession d'actions.

(2) Quoique le privilège du créancier gagiste ne porte que sur certains éléments du fonds, l'adjudication aura pour objet l'intégralité du fonds de commerce, y compris les marchandises et autres éléments qui ne comptaient nullement dans le gage. Il y aura simplement lieu à ventilation du prix pour les éléments du fonds non grevés du privilège du créancier inscrit (art. 20 *in fine*).

Mais, sous l'administration du tiers détenteur, le fonds a pu augmenter ou diminuer sensiblement de valeur, la gestion du tiers a pu nuire aux créanciers nantis ou les enrichir au contraire. Doit-on alors appliquer au nantissement du fonds de commerce les dispositions de l'article 2.175 du Code civil ou tout au moins son esprit ? N'en doutons pas, les dispositions de l'article 2.175 ne sont que l'expression des théories de la faute et de l'enrichissement sans cause et, par suite, quand le tiers détenteur qui connaît ou aurait dû connaître le nantissement dont son fonds était grevé, aura diminué par sa faute la valeur du fonds nanti, en application de l'article 1.382, il sera tenu d'indemniser le titulaire du gage. Par contre, si, grâce à l'habileté de sa gestion, le fonds a pris de la valeur, si par exemple, il a développé et rénové le matériel, il aura droit de répéter ses impenses jusqu'à concurrence de la plus-value qu'aura gagnée le fonds. Encore une fois, ces solutions découlent strictement de l'application des principes généraux du droit et n'ont nullement besoin d'un texte spécial qui les fonde.

Dépossédé, le tiers détenteur possède-t-il des garanties ? — Oui, incontestablement. Il possède tout d'abord son action habituelle de garantie contre son vendeur (article 1.626) puis, deuxièmement une action contre celui dont la dette se trouve payée, recours reposant sur l'idée de gestion d'affaire, mais recours ne bénéficiant d'aucune subrogation légale, puisqu'en l'espèce, le payement n'a été nullement volontaire.

4° *Il peut purger son fonds de commerce.*

Purge.

106. 4° La purge est le bénéfice légal en vertu duquel le tiers détenteur d'un fonds grevé de nantissement peut, en offrant aux créanciers gagistes le prix du fonds de commerce ou sa valeur estimative, prévenir ou arrêter les poursuites auxquelles l'exposerait l'exercice du droit de suite.

Si la purge est une institution indispensable pour permettre à l'acquéreur du fonds de consolider ses droits sur le fonds, elle a, par contre, l'inconvénient de déposséder les créanciers gagistes de leur droit et de leur imposer quelquefois par avance le remboursement d'un capital bien garanti et constituant un avantageux placement. Aussi, la purge constitue-t-

elle institution artificielle proprement légale, qui ne peut être autorisé sans un texte précis. Or, c'est la loi de 1909 qui la première, autorisa et organisa la purge des privilèges sur fonds de commerce ; avant 1909 le tiers acquéreur devait rester indéfiniment menacé, il n'avait aucun moyen à sa disposition pour libérer son bien. Aujourd'hui la purge est organisée par les articles 22 et 23 de la loi de 1909 et, grâce à l'exécution des formalités prévues par ces articles, le prix du fonds se trouve fixé d'une manière satisfaisante. Le tiers détenteur offre le prix du fonds ou sa valeur estimative aux créanciers nantis. Si ce prix paraît suffisant à ceux-ci, ils acceptent l'offre, sinon ils requièrent la mise aux enchères du fonds en faisant eux-mêmes pour commencer une surenchère du dixième sur le prix offert ; sur cette surenchère il est alors procédé à l'adjudication publique du fonds, suivant les formes prévues par les articles 15 et suivants de la loi de 1909.

Conditions de la purge. — *Pour quelles opérations est-elle admise ?* — La purge peut être faite par tout acquéreur de fonds, à titre gratuit ou onéreux, toutes les fois que l'aliénation du fonds n'aura pas emporté la purge de droit de tous les privilèges établis sur le fonds. Le bénéfice de purge n'appartient jamais aux prêteurs de deniers.

Pour quels droits ? — L'article 22 de la loi de 1909 n'a prévu la faculté de purger un fonds de ses privilèges qu'en cas de transfert de propriété du fonds (1). Si la propriété a été transférée sous condition suspensive, l'acquéreur n'a nullement le droit de purger le fonds dont il n'est pas encore propriétaire ; par contre, si la propriété a été transférée sous condition résolutoire, la purge sera immédiatement possible, mais nous croyons qu'elle perdra tout effet si le contrat se trouve rétroactivement résolu.

Conditions requises chez celui qui veut purger. — Ainsi, que nous l'avons déjà remarqué, la purge porte atteinte aux droits du créancier privilégié. Pour pouvoir purger, le tiers

(1) Il en résulte donc que ni l'usufruitier ni l'usager ne peuvent purger le fonds.

détenteur doit donc être étranger à la naissance du gage, la purge ne pourra être opérée par les débiteurs principaux (1) détenteurs du fonds, les cautions, les débiteurs solidaires ainsi que les héritiers de ceux-ci. En réalité, rien ne distingue cette matière de la purge hypothécaire sur laquelle la purge du fonds a été entièrement calquée, nous n'avons donc qu'à renvoyer le lecteur aux ouvrages qui, en matière hypothécaire, règlent spécialement ce sujet.

Ajoutons que pour purger il suffit au tiers détenteur de posséder la capacité de s'obliger ; le commerçant, homme, femme, ou mineur émancipé, pourra donc purger librement ; le nom commerçant devra obéir aux prescriptions du Code ; la femme devra recevoir l'autorisation maritale ; le mineur émancipé devra être assisté de son curateur, etc.

Frais de la purge. — Si le tiers détenteur possède à la suite d'une vente, la purge étant une conséquence de l'obligation de garantie du vendeur est à la charge de celui-ci ; s'il possède à la suite d'une donation ou d'un legs, il faudra s'en tenir à l'acte de libéralité pour savoir à qui incombe le paiement des frais de purge qui, sauf convention contraire, resteront à la charge de la succession ou du donateur.

107. Procédure de purge. — *Formalités à accomplir par le tiers détenteur.* — La propriété du fonds étant transférée à l'égard des tiers par le seul consentement des parties, la loi de 1909 ne contient aucune disposition semblable à celle de l'article 2.181 du Code civil. Mais par contre, en matière de purge des privilèges sur fonds de commerce, nous retrouvons les formalités de notification et d'offres que nous avons déjà rencontrées en matière hypothécaire.

(1) A notre avis, on peut considérer comme constituant une purge d'un caractère spécial la nouvelle disposition de l'article 29 du projet Cordelet. Cet article permet, en effet, au débiteur principal de rembourser sa dette par anticipation en prévenant son créancier un mois à l'avance, et cela nonobstant toute convention spéciale, en vue de favoriser l'extinction rapide des privilèges qui nuisent au crédit du commerçant et de l'industriel.

Ce bénéfice exorbitant ne constitue, somme toute, qu'une extension de la purge, extension fâcheuse puisqu'elle justifie l'inexécution des conventions librement consenties et le mépris des contrats.

Si le tiers détenteur n'a pas été poursuivi par un créancier privilégié sur le fonds, n'a pas reçu de signification de paye, il fera ses notifications et ses offres à l'époque qu'il voudra ; si, au contraire il a été touché par une sommation, il n'aura qu'un délai de quinzaine à dater de cette sommation pour faire ses notifications. Ce délai de quinzaine est un délai franc qu'on ne peut augmenter en raison de la distance. Après expiration de ce délai, le tiers ne pourra donc plus purger à moins que la sommation ait perdu son effet ; mais la loi de 1909 ne contient aucune disposition analogue à celle de l'article 2.176 du Code civil qui réduit à trois ans l'effet de la sommation et par suite, c'est un délai de trente ans qui s'impose en notre matière ; ce délai est évidemment beaucoup, beaucoup trop long, une réforme est absolument nécessaire et on pourrait proposer, avec raison, de réduire à quatre-vingt-dix jours, par exemple, l'effet de la sommation, qui, il est vrai, ne présente cependant pas ici, tous les désanvatages qu'elle présente en matière immobilière (nous constatons en l'espèce aucune immobilisation des fruits, par exemple).

Remarquons, d'autre part, le défaut d'harmonie entre le délai de l'article 16 de la loi de 1909 et le délai de son article 22 ; le créancier gagiste peut faire ordonner la vente du fonds huit jours après la sommation et, par contre, le tiers détenteur, de son côté, à quinze jours francs pour purger, à compter de la même date. Cette discordance est facheuse et il importerait selon nous, ainsi d'ailleurs que le prévoit le nouveau projet Cordelet, de porter à quinze jours le délai de l'article 16, afin d'éviter le chevauchement des deux procédures, l'exécution des formalités de purge devant faire immédiatement surseoir à l'exécution de la procédure de réalisation du fonds.

Les notifications à fin de purge seront adressées à tous les créanciers inscrits avant que la propriété du fonds ait été acquise au tiers détenteur ; c'est-à-dire, avant la conclusion du contrat translatif. Le tiers détenteur se fera donc délivrer la liste des inscriptions existant actuellement : inscriptions prises non seulement sur le nom de son propre cédant, mais sur le nom de tous les anciens propriétaires du fonds depuis l'existence de celui-ci ou depuis la dernière purge. Puis, ayant eu connaissance des créanciers privilégiés inscrits, il adressera ses offres à chacun d'eux ; le fonds de commerce ne sera purgé du droit de suite que si aucun créancier inscrit n'a été omis

à moins que, dans ce cas, une surenchère étant survenue le fonds n'ait été adjugé aux enchères publiques et, ainsi, purgé légalement, en application de l'article 22 ; mais, si dans cette hypothèse l'adjudicataire ne risque aucunement l'exercice du droit de suite des créanciers privilégiés omis, ceux-ci n'en conservent pas moins un recours contre l'ex-tiers détenteur en vertu de l'article 1.382 du Code civil.

Les notifications ont pour but de faire connaître aux créanciers le résumé du titre du tiers détenteur ; c'est-à-dire : les noms, prénoms, domicile du vendeur, la désignation du fonds et son prix (non compris le matériel et les marchandises) (1) ou l'évaluation en cas de transmission gratuite ; les charges, frais et loyaux coûts de contrat ; puis la date des privilèges inscrits sur le fonds, le nom et le domicile des créanciers inscrits et le montant de leur créance. A cela s'ajoute l'offre d'acquitter sur le champ le montant des créances inscrites jusqu'à concurrence du prix d'acquisition sans distinction entre les créances exigibles et non exigibles (article 22, § 2).

Ces notifications sont faites aux créanciers inscrits à leur domicile élu et contiennent, à leur tour, élection de domicile dans le ressort du tribunal de la situation du fonds.

Si le titre du tiers détenteur comprend divers éléments, les uns grevés d'inscription, les autres non grevés, situés ou non dans le même ressort, aliénés par un seul et même prix ou par des prix distincts, le prix de chaque élément sera spécifié dans la notification par ventilation s'il y a lieu, du prix total exprimé dans le titre ; car, en admettant même que lors du gage du fonds, le privilège ait été limité à quelques éléments incorporels seulement, tout le fonds n'en doit pas moins être offert au créancier gagiste, car le fonds constitue une universalité, et toute cette universalité qui a fait l'objet du gage,

(1) Le prix du matériel et des marchandises ne figure pas dans l'offre du tiers détenteur, car si les éléments incorporels d'un fonds sont à peu près fixes, marchandises et matériel sont essentiellement mouvants et variables comme valeur puisque, à compter de l'offre, le fonds reste toujours en exploitation comme il l'a toujours été depuis la date d'acquisition ; les marchandises, le matériel existant au moment de l'offre ne sont donc plus celles qui existaient lors de l'acquisition du fonds, et on ne peut concevoir à leur égard aucune possibilité de surenchère ; mais, ainsi que nous le verrons plus loin, elles n'en comptent pas moins dans le fonds et, après l'adjudication, le prix en sera fixé par experts.

devra à son tour faire l'objet des surenchères en cas de non acceptation des offres ; il n'y a ici aucune contradiction avec l'article 2.192 du Code civil, car, encore une fois, le fonds de commerce constitue une universalité, c'est cette universalité qui a fait l'objet du gage, que le privilège ait été ou non limité à certains des éléments qui composent le fonds.

Notons qu'en cette matière, comme en matière hypothécaire, les offres ont pour effet de lier le tiers détenteur à l'égard des créanciers hypothécaires, le tiers détenteur ne pourra pas rétracter son offre unilatéralement, et ceci nous explique que, dorénavant, les créanciers inscrits n'aient plus à renouveler leurs inscriptions et bénéficient de plein droit, désormais, des intérêts des sommes qui leur furent offertes.

Droit des créanciers inscrits. — Les créanciers inscrits peuvent ou bien accepter les offres, ou bien requérir la mise aux enchères du fonds. Dans la première hypothèse, pas de difficulté, le fonds se trouve immédiatement purgé et les deniers offerts sont distribués entre les divers créanciers au moyen de la procédure de distribution par contribution, ainsi que nous aurons l'occasion de le déterminer plus loin quand nous étudierons l'exercice du droit de préférence.

Mais les créanciers peuvent ne pas accepter les offres des tiers détenteurs et requérir la mise aux enchères du fonds, examinons donc cette éventualité.

108. *Réquisition de mise aux enchères.* — Les créanciers s'arrêteront à ce parti toutes les fois que le prix offert ne les désintéressera pas et ne correspondra nullement à la valeur réelle des éléments du fonds sur lesquels ils ont obtenu privilège.

Tout créancier gagiste capable de s'obliger et d'ester en justice, pourra donc, dans la quinzaine des notifications, requérir la mise aux enchères du fonds en offrant de porter son prix à un dixième en sus et de donner caution pour le paiement du prix et des charges ou de justifier d'une solvabilité suffisante :

1° *Il doit être capable de s'obliger et ester en justice.* — Le mineur commerçant pourra donc requérir librement la mise aux enchères ; quant à la femme mariée la question est douteuse ; elle ne peut ester en justice sans l'autorisation du mari que lorsque son intervention est relative aux droits qui

lui sont consentis par la loi du 13 juillet 1907 ; par suite, même en matière commerciale, l'autorisation du mari devra lui être accordée toutes les fois que la créance garantie par le gage ne constituera pas un de ses biens réservés. Rien de particulier en ce qui concerne les non commerçants ;

2° *Il doit requérir la mise aux enchères dans le délai de quinzaine des notifications.* — Ce délai n'est pas susceptible d'augmentation à raison de la distance entre le domicile réel et le domicile élu des créanciers inscrits (article 23, § 2), mais il s'applique séparément à chaque créancier, et la surenchère de l'un profite à tous.

3° *Il doit s'engager à surenchérir du dixième sur le prix total du fonds, y compris les éléments qui n'ont pas été cependant frappés d'inscription et sur la réalisation desquels il ne lui appartiendra aucun privilège.* — En effet, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, c'est le fonds universalité qui a été l'objet du gage ; c'est le fonds universalité qui est offert à un certain prix par le tiers détenteur ; c'est le fonds universalité qui doit faire l'objet de la surenchère. Mais celle-ci ne comprendra jamis le prix du matériel et des marchandises, et cela va de soi, malgré la procédure de purge, l'exploitation du fonds se poursuit et, par suite, sa compositon en matériel et en marchandise évolue fatalement ; on ne peut donc concevoir la possibilité d'une surenchère sur des éléments aussi variables, l'adjudicataire sera simplement tenu de prendre le matériel et les marchandises existant au moment de l'adjudication du fonds, au prix fixé à dire d'experts, à la suite d'une expertise amiable ou judiciaire, contradictoire entre l'adjudicataire et le tiers détenteur surenchéri (article 23, § 7) ;

4° *Le surenchérisseur doit s'obliger à donner caution pour le payement du prix et des charges (cette caution pouvant être remplacée par un gage) ou justifier d'une solvabilité suffisante.*

5° *Enfin, ajoutons encore qu'il doit notifier sa réquisiton de mise aux enchères, à peine de déchéance, au tiers détenteur et au débiteur précédent propriétaire, dans la quinzaine des notifications, avec assignation devant le tribunal de commerce de la situation du fonds, pour voir statuer, en cas de contestation sur la validité de la surenchère, sur l'admisibilité de la caution ou la solvabilité du surenchérisseur et voir ordonner qu'il sera procédé à la mise aux en-*

chères publiques du fonds (*article* 23, § 2). Cette mise aux enchères se réalise alors conformément aux prescriptions des articles 15 et suivants, l'acquéreur surenchéri étant tenu de communiquer son titre et l'acte de bail ou de cession de bail à l'officier public commis, afin de permettre à celui-ci de dresser le cahier des charges de l'adjudication. Remarquons encore, en cette matière, une disposition particulière qui pourrait être adoptée dans tous les cas d'adjudication forcée ; en vertu de l'article 23, § 3, dès la signification de la surenchère, le tiers détenteur devient de plein droit administrateur séquestre du fonds et ne peut plus accomplir sur celui-ci que des actes de pure administration. Il y aurait avantage à étendre cette disposition à l'hypothèse de l'article 15, les situations sont analogues dans l'un et l'autre cas et, nécessitent également dans l'intérêt du créancier poursuivant aussi bien que dans l'intérêt du surenchérisseur, une sérieuse restriction des pouvoirs du propriétaire du fonds. Dans l'hypothèse de l'article 23, le propriétaire du fonds peut d'ailleurs fort bien refuser de rester séquestre du fonds et demander, par suite, nomination d'un administrateur.

Effet d'une réquisition de surenchère valable. — La surenchère valablement réalisée profite à tous les créanciers inscrits et le surenchérisseur ne peut, même en payant le montant de la soumission, empêcher par un désistement l'adjudication publique, si ce n'est du consentement de tous les créanciers inscrits (article 23, § 45). La vente du fonds de commerce se poursuivra donc conformément aux prescriptions des articles 15, 16, 17 et 20, toutes les formalités de procédure sont accomplies à la diligence du surenchérisseur et à son défaut, mais à ses frais et à ses risques et péril, à la diligence d'un créancier inscrit ou du tiers détenteur.

109. *Effet de l'adjudication.* — A la suite de la procédure de réalisation, le fonds pourra être adjugé au tiers détenteur qui, tenant à conserver son fonds, aura porté son prix à une somme supérieure à celle qui était offerte au surenchérisseur : il sera adjugé au surenchérisseur si aucune enchère ne vient le dégager de sa mise (article 23, § 6) ; enfin il pourra être adjugé à un tiers quelconque.

L'adjudicataire, quel qu'il soit, est alors tenu de prendre le matériel et les marchandises existant au moment de la prise de possession, aux prix fixés par une expertise amiable ou judi-

ciaire contradictoirement entre l'acquéreur surenchéri, son vendeur et l'adjudicataire (article 23, § 7) (1).

1° *L'adjudication a eu lieu au profit du tiers détenteur.* — Le tiers détenteur n'acquiert par une propriété nouvelle et n'est donc pas tenu au paiement de l'impôt de mutation. Et, si le prix d'adjudication des éléments du fonds grevés de privilèges est plus considérable que ce qu'il faut en réalité pour désintéresser les créanciers gagistes. L'excédent du prix revient de plein droit au tiers détenteur qui fait donc confusion sur lui-même pour cet excédent. Ajoutons qu'il aura, en outre, son recours en garantie contre son vendeur, pour ce qui excéde le prix stipulé par son titre et pour l'intérêt de cet excédent, à compter de chaque versement ; il aura de même une action en gestion d'affaire contre le véritable débiteur.

2° *L'adjudication a lieu au profit à un autre individu que le débiteur.* — Cet adjudicataire est tenu de rembourser au tiers les frais et loyaux coûts du contrat, ceux des notifications, des inscriptions et de la publicité prévue par les articles 2, 3, 4 de la loi de 1909. Il doit de même, à qui de droit, les frais qui ont été faits pour parvenir à la revente (article 23, § 8). Cette disposition fiscale de l'article 23 est absolument identique à la dispositon de l'article 2.188 du Code civil.

Quelles sont les conséquences de cette disposition ? En faut-il conclure, comme le fait la jurisprudence en matière hypothécaire, que l'adjudication opère résolution rétroactive du droit du tiers détenteur et que l'on doit considérer la propriété du fonds comme étant directement transférée du vendeur à l'adjudicataire ?

Nous n'admettons nullement cette opinion et croyons qu'il

(1) Et remarquons bien qu'il s'agit ici d'une expertise véritable et non pas d'un simple recollement en admettant que, suivant l'usage habituel, il ait été dressé inventaire du matériel et des marchandises au moment de la vente, et qu'une expertise en ait alors fixé le prix.

Signalons ici un jugement en sens contraire du tribunal de commerce de Nancy, en date du 9 février 1920, qui nia la nécessité d'une expertise nouvelle du matériel d'un hôtel-restaurant, dont le prix avait été fixé par expert au moment de la vente, et dont l'inventaire prouvait le maintien absolu sans le moindre changement, et qui décida que son prix devait être maintenu au prix fixé par la première expertise,

Ce jugement nous semble être en contradiction absolue avec les termes de l'article 23, § 7, qui est très net en la matière.

n'a jamais été dans l'esprit du législateur de nier qu'un véritable transfert se réalise du tiers détenteur à l'adjudicataire.

C'est à tort que la jurisprudence prétend que, par la dispositon de l'article 2.188 (pargraphe 8 de l'article 23 loi de 1909) le législateur établit une fiction de résolution du droit du tiers détenteur du fonds. En effet, ainsi que l'admet parfaitement la doctrine, l'article 2.888 s'explique simplement pour des raisons pratiques, le tiers détenteur évincé aurait un recours en garantie contre son vendeur pour le remboursement des frais et loyaux coûts du contrat mais le vendeur est le plus souvent insolvable, et ce recours serait illusoire. La perte de ces débours incomberait donc au tiers détenteur ; le législateur a jugé préférable de les faire supporter par l'adjudicataire qui, les prévoyant d'avance, peut fort bien, en conséquence, régler le chiffre de son adjudication ; cette disposition constitue une faveur pour le tiers détenteur, elle n'est nullement la conséquence de l'idée de résolution rétroactive du droit de propriété de celui-ci.

D'ailleurs, si en matière immobilière, grâce à l'article 2.188 du Code civil, le tiers détenteur surenchéri est protégé complètement et reste indemne des conséquences de son propre marché, il n'en est pas ainsi du tiers détenteur du fonds de commerce que la disposition de l'article 23, paragraphe 8, ne garantit que très incomplètement des risques de son acquisition. La résolution de son contrat lui causerait un très grand préjudice.

En effet, n'oublions pas que tout fonds de commerce comprend des éléments grevés de privilèges et d'autres éléments libres parmi lesquels les marchandises ; or le fonds tout entier, y compris les marchandises, fait l'objet de l'adjudication et passe du tiers détenteur à l'adjudicataire.

Si l'on considère que la propriété du tiers détenteur est rétroactivement résolue et que la propriété du fonds est censée transmise directement du vendeur à l'adjudicataire, c'est au vendeur lui-même que devra être versé le prix des divers éléments non grevés de privilège, le prix des marchandises. Or, depuis la prise de possession du fonds, le tiers détenteur a vraisemblablement exploité celui-ci, renouvelé le stock des marchandises et l'a probablement même augmenté. Est-il juste alors que le prix de ce stock soit versé au vendeur, tombe dans la masse chirographaire de celui-ci et que sa valeur soit rem-

placée dans le patrimoine du tiers détenteur par une simple créance chirographaire de garantie (1) contre un individu plus ou moins insolvable !

Non, cette conséquence de la théorie de la résolution montre bien l'injustice de cette fiction qu'aucun texte d'ailleurs n'établit formellement. Nous devons donc tout simplement nous attacher aux faits et constater les deux aliénations, le transfert de propriété du vendeur au tiers détenteur surenchéri, et le transfert de celui-ci à l'adjudicataire.

Il en résulte donc :

1° Qu'un nouveau droit de mutation devra être exigé lors de l'adjudication ;

2° Que l'adjudicataire sera tenu d'observer le nouveau bail qui a pu être conclu par le tiers détenteur pendant le temps qu'il possédait le fonds ;

3° Que le tiers détenteur conservera valablement les fruits de son exploitation jusqu'au jour de l'adjudication et qu'il constituera valablement jusqu'à cette date des nantissements sur le fonds ;

4° Qu'il bénéficiera seul du reliquat du prix d'adjudication du fonds après paiement des frais et remboursement des créanciers privilégiés et du vendeur lui-même.

Le tiers détenteur possédera d'autre part son action en garantie contre son vendeur ainsi que son action de gestion d'affaire contre le débiteur si celui-ci se distingue du vendeur. Rappelons d'autre part, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer plus haut, que nous appliquons en notre espèce l'article 2.175 du Code commercial qui n'est que l'expression des principes généraux de la faute et de l'enrichissement sans cause.

100. Ainsi, poursuivi par le créancier gagiste, le tiers détenteur pourra se laisser exproprier, pourra payer, désintéresser le créancier poursuivant ou lui opposer certaines exceptions spéciales susceptibles d'arrêter les poursuites. Mais en matière hypothécaire il possède encore une autre faculté, il peut dé-

(1) En admettant que l'on considère la propriété du tiers détenteur comme rétroactivement résolue, on ne peut guère parler en la matière d'une action de garantie du tiers détenteur contre son ex-vendeur; le recours du tiers détenteur repose alors sur l'idée d'enrichissement injuste et de faute, mais il ne constitue plus une action en garantie de la vente, qui se trouve résolue.

laisser son immeuble ; possède-t-il semblable privilège en matière de gage de fonds de commerce ? Non, la loi de 1909 ne contient aucune disposition analogue à celle de l'article 2.172 dont l'utilité pratique serait d'ailleurs bien mince en notre matière puisque nous avons admis que le tiers détenteur saisi gardait le droit de surenchérir lors de l'adjudication de son fonds.

Nous en avons ainsi fini avec l'étude du droit de suite du créancier gagiste, mais nous ne pouvons pas quitter ce chapitre sans dire quelques mots de l'article 7 de la loi de 1909 et des dispositions spéciales qu'elle consacre en matière de société.

Réglementation spéciale du droit de suite dans le cas où le détenteur du fonds est une société.

Quand une société acquiert un fonds de commerce, il faut distinguer soigneusement deux hypothèses :

1° Ou bien le fonds de commerce a fait simplement l'objet d'un achat ou d'un échange de la part de la société, et dans ce cas le droit commun s'applique, les créanciers privilégiés suivent simplement le fonds entre les mains de son nouveau propriétaire, la société qui peut payer, désintéresse le poursuivant ou se laisse déposséder ;

2° Ou bien le fonds de commerce a fait l'objet d'un apport rémunéré exclusivement ou partiellement par des droits sociaux, et dans cette hypothèse on écarte alors complètement l'application du droit commun en exécution des prescriptions de l'article 7, paragraphe 3 de la loi du 17 mars 1909.

Aux termes de cet article, en effet, que le fonds de commerce soit apporté à une société en formation ou à une société déjà constituée, ladite société est tenue solidairement avec le débiteur principal apporteur du fonds, du paiement du passif chirographaire déclaré conformément aux exigences de l'article 7, paragraphe 1 et *a fortiori* du paiement du passif privilégié régulièrement inscrit (1).

---

(1) En effet, le créancier privilégié bénéficie des mêmes droits que le créancier chirographaire en ce sens qu'il a aussi pour gage la totalité du patrimoine de son débiteur ; il bénéficie des mêmes droits que les créanciers chirogra-

Ainsi, la société détenteur du fonds n'est pas obligée *propter rem*, elle est obligée personnellement, elle n'est pas tenue jusqu'à concurrence de la valeur des éléments du fonds grevés du privilège, elle est tenue de la totalité de la dette de l'ancien propriétaire du fonds et solidairement avec lui.

Nous ne voulons pas insister sur cette solution exorbitante de l'article 7, paragraphe 3 dont l'étude sort un peu de notre sujet du gage pour rentrer dans celui de la vente, faisons simplement remarquer qu'une telle solution n'est nullement justifiable ; le droit commun aurait fort bien pu être admis en ce qui concerne le droit de suite des créanciers privilégiés ; quant aux créanciers chirographaires en faveur desquels cette solution a été adoptée, on aurait pu limiter la responsabilité de la société à la valeur du fonds, valeur déterminée par experts. C'est en ce sens que se prononce le nouveau projet Cordelet dans son article 8.

Du fait que la société est tenue solidairement avec l'ancien propriétaire du fonds, du passif de celui-ci résulte donc l'impossibilité pour elle de purger le fonds dès son acquisition ; nous avons admis plus haut, en effet, que le bénéfice de la purge appartenait jamais à un tiers détenteur personnellement tenu de la dette garantie par un privilège donnant lieu à droit de suite.

---

phaires déclarés, puisque lui-même s'est inscrit au greffe du Tribunal de commerce de la situation du fonds avant expiration de la quinzaine de la publication de l'acte constatant l'apport du fonds en société, en conformité avec l'article 3 de la loi du 17 mars 1909.

CHAPITRE II

Etude du droit de préférence.

112. Le droit de préférence est l'effet essentiel du gage du fonds de commerce. Il se manifeste lors de la distribution du prix de celui-ci ou de l'un de ses éléments grevés du privilège, et permet au créancier gagiste d'être payé sur le prix préalable et de préférence aux créanciers chirographaires du propriétaire du fonds.

Le gage du fonds de commerce cause donc un préjudice aux créanciers chirographaires et particulièrement aux créanciers antérieurs au créancier nanti qui voient ainsi considérablement se réduire le droit du gage général qu'il possédait sur le patrimoine de leur débiteur.

Ainsi le privilège du créancier nanti fait une brèche certaine au principe commercial de l'égalité entre les créanciers et nous savons que pour cette raison, le monde des négociants lui était très hostile et demandait même la suppression du gage. Le législateur n'alla pas jusque là mais il donna néanmoins une certaine satisfaction aux adversaires du gage du fonds de commerce en décidant (article 13, pargraphe 4 de la loi de 1909) que « l'inscription d'un nantissement sur le fonds peut rendre exigible les créances antérieures ayant pour cause l'exploitation du fonds » (1).

Ainsi le législateur restreint-il dans une certaine mesure la liberté que possède tout propriétaire de disposer de ses biens, le propriétaire d'un fonds de commerce peut constituer un nantissement sur son fonds, mais il risque alors de voir se dresser devant lui une partie de ses créanciers chirographaires exigeant le remboursement de leur créance et lui retirant par suite le bénéfice de l'emprunt qui avait nécessité le gage de son fonds.

---

(1) Les créances ne sont pas rendues exigibles de plein droit, elles peuvent être déclarées exigibles par décision du Tribunal de commerce, à la demande du créancier intéressé lésé par le nantissement consenti sur le fonds.

Selon nous, la disposition de l'article 13, paragraphe 4, pourrait fort bien être supprimée, elle est d'ailleurs peu appliquée en pratique, les créanciers chirographaires ne se doutant nullement de l'inscription d'un privilège sur le fonds puisqu'ils sont dans l'impossibilité de feuilleter chaque jour le registre d'inscription du greffe du Tribunal de commerce qui seul publie le gage.

Remarquons d'autre part une particularité intéressante de l'article 3, paragraphe 4 : cette disposition législative ne vise en effet que les créances chirographaires dont les créances ont pour cause l'exploitation du fonds. Elle démontre ainsi l'influence l'idée que nous examinions au début de notre étude et qui consiste à voir dans le fonds un patrimoine spécial avec ses dettes et se créances particulières : il est d'ailleurs parfaitement légitime, croyons-nous, d'avantager spécialement les créanciers qui ont fait crédit à un commerçant en vue de lui permettre l'exploitation de son fonds et de les distinguer soigneusement des autres créanciers qui n'ont nullement contribué au développement de celui-ci. Le nouveau projet Cordelet supprime cette distinction en son article 30 et revient ainsi au principe français de l'unité du patrimoine ; nous regrettons cette innovation en répétant encore que l'on aurait fort bien pu supprimer purement et simplement cette disposition exceptionnelle de l'article 13, paragraphe 4, disposition inutilisée en pratique depuis 1909, disposition contraire au principe de la libre disposition du patrimoine, au droit de disposition absolue de tout propriétaire de ses biens.

Ainsi le droit de préférence s'exerce lorsque le fonds de commerce a été transformé en argent, soit qu'il ait été saisi par le débiteur, soit qu'il ait été saisi par un tiers détenteur, soit qu'il ait fait l'objet d'une procédure de purge, soit qu'il ait fait l'objet d'une vente pure et simple dont le prix a été saisi arrêté entre les mains de l'acquéreur. Mais, en dehors de ces hypothèses, tout ou partie du fonds peut avoir fait l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique, donnant lieu à indemnité, et certains éléments détruits par un sinistre quelconque peuvent se voir subroger une indemnité d'assurance ; le droit de préférence du créancier gagiste sera-t-il reporté sur la créance d'assurance et sur l'indemnité d'expropriation ?

133. 1° *Expropriation.* — L'article 54 de la loi du 3 mai 1841 étant absolument général, nous n'hésitons pas à l'appliquer en notre matière et à décider que le privilège du gagiste se reportera sur l'indemnité d'expropriation. Au même titre que le créancier hypothécaire, il devra donc se faire connaître de l'expropriant (art. 21, loi du 3 mai 1841).

Il pourra d'ailleurs faire valoir son privilège si un seul des éléments du fonds fait l'objet d'une expropriation tout au moins dans le cas où l'élément exproprié faisait l'objet d'une sorte de gage spécial comme il en est des brevets, marques, dessins, modèles et succursales. Il n'aurait privilège sur l'indemnité d'expropriation du droit au bail que si, une dépréciation du fonds résultant de celle-ci, il avait fait déclarer judiciairement l'exigibilité de sa créance. Nous savons en effet, que son gage ne porte pas sur tel droit au bail, tel matériel, telle enseigne, mais uniquement sur le droit au bail, le matériel, l'enseigne existant lors de la réalisation du fonds après l'exigibilité de la créance.

114. 2° *Créances d'assurance.* — L'article 26 du nouveau projet Cordelet stipule expressément que les créanciers gagistes auront sur la créance d'indemnité d'assurance, en cas de sinistre, les mêmes droits et privilèges sur les indemnités, que sur les objets assurés, conformément à l'article 2 de la loi du 19 février 1889. Or, comme le fait fort bien remarquer le rapporteur, il ne faut voir en cette disposition aucune innovation, l'article 2 de la loi de 1889 est obsolument général et, dès à présent, son application est incontestable, il n'est nullement besoin de se faire constituer un gage sur la créance d'assurance le privilège du créancier gagiste se reporte automatiquement sur cette indemnité.

Le créancier gagiste a donc toujours intérêt de savoir si les primes d'assurance sont régulièrement acquittées par le propriétaire du fonds, par suite, il aura intérêt à faire insérer dans le contrat d'assurance une clause en vertu de laquelle la compagnie d'assurance ne pourrait résilier le contrat faute de paiement des primes qu'après notification aux créanciers gagistes de l'éventualité de la résiliation, laissant à ceux-ci un délai suffisant, trente jours par exemple, pour acquitter la dette de leur débiteur, afin de sauvegarder leur gage.

Mais ici encore, nous ne devons appliquer le principe du report du privilège du gagiste sur la créance d'assurance que s'il s'agit pour lui de réaliser complètement son privilège sur le fonds. Il n'a aucun privilège sur tel matériel, tel mobilier déterminé et, par suite, si le fonds, malgré le sinistre, continue son exploitation, le créancier gagiste ne possède nullement le droit de se saisir de l'indemnité d'assurance, pas plus qu'il ne posséderait le droit de saisir, arrêter entre les mains de l'acquéreur le prix de la machine aliénée pour être remplacée. En pratique cependant, par suite de l'extension conventionnelle au gage des fonds de commerce des dispositions de l'article 2.131 du Code civil, la destruction du matériel rendra de plein droit exigible la créance et provoquera la réalisation du fonds ainsi que pourrait d'ailleurs le provoquer le seul déplacement de celui-ci.

115. Le droit de préférence s'exerce donc sur le prix des éléments du fonds grevés spécialement du privilège du gagiste et spécialement désignés lors du contrat de gage. Il se réalise au moyen de la procédure de distribution par contribution à moins que conformément aux dispositions de l'article 15, § 7 de la loi de 1909, le Tribunal de commerce compétent pour régler la réalisation du gage ait autorisé le créancier poursuivant, s'il n'y a pas d'autre créancier inscrit ou opposant et sauf prélèvement des frais privilégiés au profit de qui de droit, à toucher le prix du fonds directement et sur simple quittance, soit de l'adjudicataire, soit de l'officier public vendeur, en déduction et jusqu'à concurrence de sa créance, en principal, frais et intérêts.

S'il y a plusieurs créanciers inscrits ou si des créanciers chirographaires ont fait oppositon au payement du prix, la procédure de distribution s'impose, se réalisant conformément aux dispositions des articles 656 et suivants du Code de procédure, se terminant par la remise de bordereaux de collocation aux créanciers gagistes, bordereaux sur la présentation desquels ils pourront toucher entre les mains du séquestre la somme qui leur revient sur le montant du prix.

Mais répétons-le encore, le privilège du créancier gagiste ne pourra s'exercer que si son gage a été régulièrement publié par une inscription sur le registre tenu au greffe du tribunal de commerce de la situation du fonds, dans un délai de quinzaine à compter de la constitution du gage. Les créan-

ciers chirographaires pourront toujours opposer au créancier gagiste le défaut d'inscription ou la non validité de l'inscription prise, car ainsi que nous le savons déjà, il existe des événements qui arrêtent, qui interdisent la prise d'inscription.

Entre les créanciers gagistes, enfin, le rang de préférence est déterminé par la date d'inscription et les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence sur le prix (art. 12, loi de 1909).

Mais, lors de la distribution de celui-ci, les créanciers gagistes ne seront pas les seuls créanciers doté d'un privilège sur le fonds tout entier ou sur certains seulement de ses éléments composants. Le vendeur du fonds de commerce a lui-même un privilège sur le fonds et de même encore tous les créanciers énumérés par l'article 2.101 du Code civil ; d'autre part, le bailleur de l'immeuble a un privilège spécial sur le matériel et le mobilier abrités dans son local, le vendeur de matériel non payé est titulaire d'un privilège spécial sur le dit matériel, de même encore le réparateur et le conservateur de la chose ; bref, inévitablement, des conflits se produiront entre ces différents personnages pour la répartition du prix, et il importe d'étudier soigneusement lequel d'entre eux sera préféré aux autres. Nous diviserons donc ce chapitre en quatre sections ainsi comprises :

1° Etude de la procédure de réalisation du fonds ;

2° Etude de la procédure de distribution du prix ;

3° Conditon d'exercie du droit de préférence ; Conditions spéciales de validité du contrat en ce qui concerne le droit de préférence;

4° Conflits qui peuvent s'élever entre le créancier gagiste et les différents autres créanciers privilégiés sur le fonds.

Procédure de réalisation du fonds.

Préliminaires. — Historique.

116. Avant 1909, la loi était abolument muette sur les formes que devait employer le créancier gagiste pour réaliser le fonds de commerce ; le nantissement étant, suivant les cas, civil ou commercial, il semble donc qu'on aurait dû appli-

quer tantôt les formalités de l'article 2.078 du Code civil, tantôt celles de l'article 93 du Code de commerce.

Si le gage constituait une opération civile, le créancier devait toujours recourir à la justice pour obtenir la mise aux enchères de son gage ou faire décider que celui-ci lui resterait en paiement jusqu'à due concurrence, si le gage constituait une opération commerciale, au contraire, tout recours à la justice était rendu inutile par la disposition de l'article 93 du Code de commerce qui admet qu le créancer gagiste peut, huit jours après simple signification au débiteur, faire procéder à la vente publique de l'objet donné en gage.

Cependant en pratique les parties n'usèrent jamais du bénéfice de l'article 93 du Code de commerce, elles présentaient au président du Tribunal une requête pour procéder à la vente, et le priaient de désigner un officier public chargé d'exécuter celle-ci ; la vente se faisait alors sous forme de vente publique et un cahier des charges était soigneusement rédigé, énumérant les différents éléments qui composaient le fonds et les différentes clauses et conditions de la vente.

Cette pratique coutumière fût entièrement reprise par la loi de 1909, qui en fit une règle obligatoire et supprima, d'autre part, la faculté que possédait le créancier gagiste de se faire attribuer le fonds de commerce en paiement de sa créance et jusqu'à due concurrence, conformément aux termes de l'article 2.078 du Code civil, justement étendu en matière commerciale. (1).

---

(1) Comme le fit, en effet, remarquer M. Cordelet, cette faculté de se faire attribuer par autorité de justice le gage jusqu'à une concurrence peut se comprendre quand il s'agit d'un gage de peu d'importance dont il est facile d'apprécier le prix ; mais il n'en est pas de même du fonds de commerce, dont la valeur peut être considérable, et dont l'attribution au créancier gagiste, après expertise, ne présente pas, pour les divers intéressés en cause, autant de garantie que la vente aux enchères publiques. Toute convention contraire serait nulle et de nul effet.

Bien entendu, nous n'hésitons pas, d'autre part, à appliquer au gage du fonds de commerce l'alinéa II, 2.078 : « Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou en disposer sans accomplir les formalités légales est nulle ». Mais rappelons à ce sujet que la jurisprudence considère comme valable tout mandat délivré au gagiste, postérieurement au gage, de vendre à l'amiable le fonds remis en gage (Bordeaux, 27 avril 1885, D. 86, 2, 263), et *a fortiori* tout mandat donné dans les mêmes conditions à un tiers de vendre le fonds à l'amiable faute de paiement à l'échéan ce de la vente (Orléans, 31 juillet 1883, D. 85, 2. 20).

117. Ainsi les formalités de réalisation du fonds ont été prévues pour la première fois par la loi du 17 mars 1909, qui les réglemente dans ses articles 15, 16 et 17.

Il résulte de ces textes que sans avoir besoin d'un jugement de condamnation constituant titre exécutoire, en vertu même de son titre sous seing privé tout créancier gagiste (2) pourra que son gage soit commercial ou civil, faire ordonner la vente publique du fonds huit jours après sommation de payer, adressée au débiteur et restée infructueuse, le tribunal compétent étant le tribunal de commerce de la situation du fonds.

Le tribunal compétent est le tribunal de commerce ; le projet élaboré par M. le Sénateur Cordelet, donnait compétence au Tribunal civil, mais M. le Sénateur Vallée s'éleva vigoureusement contre cette solution et, à la suite de nombreuses discussions fit adopter par le Sénat, le principe de la compétence commerciale pour assurer la réalisation du fonds et trancher tous les incidents qui se rattachent à la dite procédure toutes les fois qu'un texte formel n'attribuerait pas compétence au Tribunal civil.

Nous ne voulons pas nous étendre sur la discussion qui s'engagea entre MM. les Sénateurs Cordelet et Vallée ; M. Cordelet résista longuement, l'amendement Vallée donna lieu a un renvoi du projet devant la commission de législation, qui élabora un projet mixte attribuant suivant les cas compétence au Tribunal civil et compétence au Tribunal de commerce. M. Vallée maintint énergiquement son point de vue et, finalement, celui-ci l'emporta en seconde discussion et fût adopté, purement et simplement, par la majorité du Sénat. Pour nous, nous ne pouvons qu'approuver l'innovation Vallée, regrettant toutefois qu'on ait admis encore dans quelques textes de la loi de 1909, la compétence du juge de référé (art. 17, § 6, art. 23, § 3), en matière de réalisation du fonds et qu'on ait maintenu la compétence du Tribunal civil pour le règlement de la distribution du prix après réalisation du gage. Nous recon-

---

(1) Quand un fonds a été donné en nantissement à plusieurs personnes, un gagiste primé par un autre gagiste peut exercer, malgré tout, ses droits, le créancier premier en rang n'a nullement le droit exclusif de réalisation du gage ; c'est à tort que l'arrêt de Paris du 5 février 1908, D. 1909, 2. 1, a contredit cette solution.

naissons volontiers avec M. le Sénateur Cordelet que l'innovation Vallée constitue une dérogation aux principe des articles 442 et 806 du Code de procédure, mais ces articles n'ont rien de constitutionnel et il eût été souverainement impratique de les appliquer en notre matière. En effet, le Tribunal saisi devra fixer la mise à prix du fonds et les conditions de la vente, ose-t-on prétendre qu'un Tribunal civil composé, certes, de juristes éminents, mais fort peu rompus à la pratique des affaires, serait susceptible de remplir raisonnablement et pratiquement cette mission ? Non, il faut laisser aux commerçants le soin de décider de l'opportunité de la vente d'un fonds, il faut leur laisser le soin de liquider ce bien strictement commercial comme on leur laisse le soin de liquider le patrimoine d'un failli. Certes il est vrai que les créances garanties par le gage ne seront pas toutes des créances commerciales ; il est vrai aussi, comme nous l'avons remarqué, que le fonds de commerce pourra appartenir à un simple artisan qui régulièrement n'est jamais justiciable du Tribunal de commerce ; mais pour ces non commerçants la compétence du Tribunal de commerce garde ses avantages, elle leur permet d'obtenir les juges susceptibles de réaliser au meilleur prix et dans le plus bref délai leur bien ou leur gage.

La compétence du Tribunal de commerce s'impose ainsi au créancier gagiste comme au propriétaire du fonds et il ne nous semble pas que les parties pourraient décider d'un commun accord (ainsi que semble croire M. le Sénateur Vallée), que l'autorisation de réaliser le fonds pourrait leur être donnée par le juge de référé qui fixerait lui-même les conditions de la vente.

Première Section.

Procédure de réalisation.

Formalités antérieures à la rédaction du cahier des charges.

118. Le Tribunal de commerce de la situation du fonds, saisi par le créancier gagiste d'une demande en réalisation huit jours après sommation de payer faite au débiteur et restée infructueuse, nomme, s'il y a lieu, un administrateur provisoire du fonds, fixe les mises à prix, détermine les condi-

tions principales de la vente et commet un officier public qui dressera le cahier des charges. Lorsqu'une publicité spéciale est nécessaire préalablement à l'aliénation du fonds, il en règle la nature et le mode (1). Il peut enfin autoriser le poursuivant s'il n'y a pas d'autres créanciers inscrits ou opposants et sauf prélèvement des frais privilégiés au profit de qui de droit, à toucher directement le prix et sur sa simple quittance, soit de l'adjudicataire, soit de l'officier public vendeur, en déduction et jusqu'à due concurrence de sa créance en principal, intérêts et frais (article 15, § 75). Ajoutons encore qu'il doit statuer dans la quinzaine de la première audience par jugement non susceptible d'opposition, exécutoire sur minute. L'appel du jugement est suspensif et doit être formé, pour être valable, dans la quinzaine de la signification à partie ; il est jugé sommairement par la Cour dans le mois et l'arrêt est exécutoire sur minute (article 15, § 8).

Ainsi, le créancier nanti va pouvoir poursuivre la réalisation du fonds avec son titre sous seing privé. Mais la réalisation reste subordonnée à une autorisation du Tribunal de commerce qui, après avoir examiné les droits du poursuivant, fixe au moment opportun la date de la vente, détermine les mises à prix et réglemente les conditions d'aliénation du fonds.

Il détermine les mises à prix et les conditions de la vente, et ne peut nullement confier ce soin à l'officier chargé de la rédaction du cahier des charges, la Cour d'appel saisie d'un jugement autorisant la vente d'un fonds de commerce, mais omettant de fixer les mises à prix, devrait l'infirmer sans conteste et renvoyer les parties devant le Tribunal de commerce compétent, afin de régulariser la procédure de la vente (article 472 Code de procédure). Une telle omission serait certainement une cause de nullité de procédure subséquente et particulièrement de la rédaction du cahier des charges, sauf application des dispositions de l'article 17, § 6.

Le tribunal devra fixer les mises à prix dans les conditions du § 3 de l'article 1 de la loi de 1909, c'est-à-dire distinctement

---

(1) A défaut de décision spéciale sur ce point, cette publicité pourra être réglée par ordonnance du président du tribunal sur requête du créancier poursuivant ou de tout autre intéressé.

pour les éléments incorporels du fonds, pour les marchandises et pour le matériel (1).

Officier public compétent.

119. Après avoir déterminé les mises à prix, les conditions de la vente et nommé, le cas échéant, un administrateur du fonds, le tribunal désigne l'officier public qui dressera le cahier des charges. Quel officier public pourra être commis ? commettra-t-on un notaire, commettra-t-on un commissaire-priseur ?

Le législateur de 1909 ne nous donne aucune solution à ce sujet et ce, volontairemnt, car il existait déjà à l'époque de l'élaboration de la loi une grande indécision dans la jurisprudence et la doctrine et un véritable conflit s'était élevé entre les deux corporations des commissaires-priseurs et des notaires. Les notaires prétendaient avoir toujours le monpole de la vente des fonds de commerce, les commissaires-priseurs estimaient, de leur côté, pouvoir seuls y procéder quand les éléments corporels dominaient dans le fonds. Dans le but de ne mécontenter ni les notaires ni les commissaires-priseurs, le législateur de 1909 se refusa de trancher la question, laissant à la jurisprudence le soin de fixer ses décisions dans le sens qu'elle jugerait le plus conforme aux principes juridiques et à l'intérêt des parties. Nous ne pouvons que regretter cette singulière attitude, tout en reconnaissant cependant que la simple application des principes juridiques peut fort bien nous permettre de donner une solution rationnelle au problème, conformément d'ailleurs aux exigences de la pratique et de l'intérêt général.

Selon nous, les notaires sont seuls compétents pour assurer la mise en vente du fonds.

Ils sont seuls compétents, d'abord pour des raisons juridiques ; le fonds de commerce constitue en effet une universalité *sui generis* et partant un meuble incorporel, or, tandis que les commissaires-priseurs ne tirent de la loi du 27 ventôse

(1) Ou décider que l'adjudicataire du fonds sera obligé de prendre, à dire d'experts, le matériel et le mobilier existant lors de la réalisation du fonds.

an IX que le droit de procéder aux prisées de meubles et ventes publiques d'objets mobiliers corporels, les notaires, au contraire, ont plénitude d'attribution et peuvent procéder aux ventes publiques de meubles meublant, de droits mobiliers et immobiliers, de droits corporels ou incorporels de toute sorte; la vente du fonds de commerce, vente de droit mobilier incorporel, ne rentre donc nullement dans la compétence des commissaires-priseurs, seuls les notaires ont le privilège de réaliser publiquement un tel bien.

La compétence notariale est, d'autre part, la meilleure en pratique. Car, n'oublions pas que l'officier public désigné par le tribunal, sera tenu de rédiger un cahier des charges ; or, cette rédaction, souvent fort délicate, nécessite de multiples vérifications de titres et une grande expérience qui n'appartient qu'aux notaires.

Ainsi donc, le Tribunal de commerce devra toujours désigner un notaire pour rédiger le cahier des charges et procéder à la vente, et un jugement qui désignerait un commissaire-priseur devrait être infirmé en appel et renvoyé afin de régularisation devant le Tribunal compétent.

Mais empressons-nous de faire remarquer que si telle est bien notre opinion, telle n'est nullement l'opinion de la jurisprudence qui soutient, à tort croyons-nous, que dans certaines circonstances les commissaires-priseurs seront seuls compétents pour assurer la vente publique du fonds.

En cette matière spéciale, en effet, la jurisprudence abandonne complètement sa conception habituelle qui consiste à voir dans le fonds une universalité *sui generis*. Elle admet, sans expliquer nullement ce retour d'opinion, que le fonds se composant d'éléments corporels et d'éléments incorporels, prend la nature des éléments qui constituent la partie principale et qu'il est donc corporel ou incorporel suivant que la valeur des éléments corporels l'emporte sur la valeur des éléments incorporels ou inversement.

Par suite, si les éléments incorporels l'emportent, le fonds sera incorporel et le notaire sera seul compétent pour assurer la vente ; au contraire si ce sont les éléments corporels qui dominent, il appartiendra au commissaire-priseur de réaliser tout le fonds, aussi bien les éléments incorporels que les éléments corporels, en vertu du principe que l'accessoire suit toujours le sort du principal. La jurisprudence semble bien

fixée dans ce sens et nous pouvons citer entre autres décisions : Alger, 25 janvier 1905 et 7 mars 1906 : *Revue du Notariat*, N°s 12.136 et 12.649 ; Bourges, 23 mars 1906, *id.* N° 12.660 ; Montdidier, 26 avril 1907, N° 13.385 ; Grenoble, 30 décembre 1911, *id.* 14.728 ; enfin Civile Cassation 17 décembre 1919. D. 1920, 5, 50 (1).

Cette jurisprudence nous paraît tout à fait erronée, elle s'appuie sur une conception manifestement fausse du fonds de commerce qui, universalité *sui generis*, reste toujours un bien incorporel ; d'autre part; elle ne satisfait aucunement la pratique.

Dans son nouveau projet de loi, M, Cordelet (2) règle enfin la question et admet que le Tribunal de commerce ne pourra désigner que le notaire pour rédiger le cahier des charges et procéder à la vente du fonds. Le tarif des notaires est d'ailleurs plus avantageux que le tarif des commissaires-priseurs, et c'est là encore une raison de plus pour préférer en pratique les notaires à ceux-ci.

120. Nous ne voyons aucune difficulté quant à l'application du § 6 de l'article 15. Il est certain, en effet, que bien souvent la publicité ordinaire prévue par l'article 17, §§ 2 et 3, et qui consiste simplement dans l'apposition d'affiches à la porte de l'immeuble, à la porte de la mairie du lieu de sa situation, et au Tribunal de commerce, sera bien insuffisante, une publicité extraordinaire pourra donc être réglée par le jugement, ou, à défaut, par ordonnance du président du Tribunal de commerce, rendue sur requête.

Quant au paragraphe 7, il s'explique de lui-même ; il est, en effet, inutile de mettre en mouvement la procédure de distribution quand un seul créancier se présente pour être payé sur le prix.

Voie de recours

121. En ce qui concerne le paragraphe 8, approuvons entièrement la suppression du droit d'opposition du débiteur qui

---

(1) Par contre en sens inverse, Amiens, 6 mai 1907. *R. du N.*, n° 3.026 ; Limoges, 23 février 1912, id., n° 1.177.

(2) Article 32 du nouveau projet.

a fait défaut ; c'est pour gagner du temps, en effet, que celui-ci voudrait prendre cette attitude. Quant à l'appel, remarquons que son caractère suspensif s'applique à toutes les décisions prises par le Tribunal ; non seulement il suspendra la mise en vente du fonds, mais encore l'entrée en fonction de l'administrateur provisoire ; or, cette conséquence est fâcheuse ; souvent le propriétaire du fonds ne fera appel que pour retarder cette entrée en fonction qu'exigerait cependant l'intérêt du créancier poursuivant.

Il y aurait lieu, semble-t-il, de limiter le caractère suspensif de l'appel et décider, ainsi que l'admet le nouveau projet Cordelet (article 32), que le jugement sera immédiatement exécutoire en ce qui concerne l'entrée en fonction de l'administrateur du fonds.

Tribunal compétent

122. Le Tribunal compétent sera le Tribunal du lieu de la situation du fonds, car c'est lui qui est le plus à même de décider de l'opportunité de la vente. Mais si, à côté du fonds principal, plusieurs succursales ont fait l'objet d'un gage, le Tribunal de commerce de la situation de l'établissement principal saisi d'une demande de réalisation de celui-ci, sera encore compétent pour décider la réalisation des succursales qui en sont l'accessoire, fussent-elles situées dans un autre ressort.

Rédaction du cahier des charges

123. Le cahier des charges est rédigé par l'officier public désigné par le Tribunal de commerce qui fixe lui-même la mise à prix et conditions principales de la vente (1).

Contenu du cahier des charges

La loi ne le fixe nullement mais par contre elle nous indique le contenu des affiches qui servent à le publier, nous pouvons

---

(1) En matière immobilière, la mise à prix serait fixée par le créancier poursuivant (article 690), et c'est ce qui nous explique la présence de l'article 706, paragraphe 2 au code de procédure, article que nous ne pourrons donc pas étendre à notre matière ; si il ne survient aucune enchère sur la mise à prix fixée par le Tribunal, le poursuivant ne sera nullement déclaré adjudicataire, il y aura lieu simplement à la fixation judiciaire d'une nouvelle mise à prix.

donc induire du paragraphe 2 de l'article 17 les mentions que doit contenir le cahier.

Il contiendra tout d'abord les renseignements susceptibles d'individualiser le propriétaire du fonds et son créancier poursuivant, c'est-à-dire leurs nom, prénoms, profession et domicile. Il indiquera ensuite la décision en vertu de laquelle le poursuivant agit ; il indiquera pour le poursuivant élection de domicile dans le lieu où siège le Tribunal de commerce de la situation du fonds ; il désignera le fonds qui fera l'objet de l'adjudication, ses éléments constitutifs (1), sa situation et la nature de ses opérations ; il publiera la mise à prix et les conditions de la vente ; les lieu, jour et heure de l'adjudication et les nom, prénoms, domicile de l'officier public commis, dépositaire du cahier des charges.

Ces renseignements énumérés par l'article 17, pargraphe 2 sont-ils les seuls que doive mentionner le cahier de charges ? Non, le fonds de commerce est un meuble incorporel et comme tel peut être revendiqué par le véritable propriétaire en quelque main et en quelque lieu qu'il se trouve et sans qu'on puisse opposer à celui-ci les dispositions de l'article 2.279 du code civil. Il importera donc de garantir à l'adjudicataire que le fonds est bien la propriété du tiers détenteur et pour cela il sera nécessaire d'insérer dans le cahier des charges les origines de propriété. Or, cette nécessité est une des raisons qui, à notre sens, militent en faveur de la désignation des notaires pour la rédaction du cahier des charges ; cette obligation leur est légère, car ils ont, en effet, l'habitude de dresser les origines de propriété ; elle est au contraire extrêmement lourde pour les commissaires-priseurs qui ne sont jamais appelés à rédiger de tels actes.

Publicité du cahier des charges

124. Nous avons déjà fait remarquer qu'en vertu de l'article 17, paragraphe 2, des affiches reproduisant le cahier des charges doivent être apposées à la porte principale de l'immeuble qui abrite le fonds, à la porte de la mairie et du Tribunal de commerce de la situation du fonds et de l'officier

(1) Il doit contenir, entre autres, tous les renseignements susceptibles d'éclairer les enchérisseurs sur le prix, la durée, les conditions du bail.

public commis. L'affiche est d'autre part reproduite elle-même, dix jours avant la vente dans un journal d'annonces légales du Tribunal de commerce et, à défaut du Tribunal civil, dans le ressort duquel est situé le fonds (article 17, § 4). Nous savons enfin que le Tribunal de commerce peut, par le même jugement qui autorise la vente du fonds, ordonner une publicité complémentaire susceptible d'assurer dans les meilleures conditions la réalisation du fonds (15, § 6) et que faute de décision spéciale sur ce point, cette publicité complémentaire peut être réglée par ordonnance du président du Tribunal de commerce, rendue sur requête (15, § 6).

Toutes ces mesures de publicité sont extrêmement importantes et, pour en assurer l'exécution, le législateur ordonne dans l'article 17, paragraphe 5, que leur accomplissement soit constaté par une mention dans le procès-verbal de vente à peine de nullité de celle-ci.

Mais ce ne sont pas là les seules mesures de publicité prévues par la loi ; le paragraphe 1 de l'article 17 ordonne, en outre que le poursuivant fasse sommation au propriétaire du fonds et aux créanciers inscrits antérieurement à la décision qui a ordonné la vente, au domicile élu par eux dans leurs inscriptions, de prendre communication du cahier des charges, de fournir leurs dires et observations et d'assister à l'adjudication si bon leur semble.

Ces sommations doivent être faites à tous les créanciers inscrits antérieurement au jugement qui ordonne la vente. Certes le propriétaire du fonds peut valablement donner son fonds en nantissement et en disposer jusqu'au jour de l'adjudication, mais les créanciers inscrits depuis le jugement qui autorise la vente n'auront pas à être avertis du dépôt du cahier des charges ; cependant ils n'en auront pas moins le droit de fournir sur celui-ci tous les dires et observations qu'ils jugeront nécessaires et ils prendront part en leur qualité de créanciers nantis à l'adjudication du fonds.

Les sommations doivent être faites aux créanciers nantis au domicile élu par eux dans leur inscription. Si le créancier n'a pas élu domicile dans le ressort du Tribunal de commerce, mais a indiqué un domicile réel dans ledit ressort, nous estimons que les sommations devront être faites à ce domicile réel. Si, au contraire, le domicile réel indiqué dans l'inscription est en dehors du ressort du Tribunal de commerce, le

créancier poursuivant ne sera nullement tenu de lui faire sommation (1).

126. Qu'arrivera-t-il si on a omis de faire la sommation à un créancier nanti dont le domicile élu avait été régulièrement mentionné ? En vertu de l'article 2, paragraphe 2 de la loi de 1909, combiné avec le paragraphe 6 de l'article 17, il est certain que le droit de suite de ce créancier omis sera purgé par le seul fait de l'adjudication du fonds, la vente lui sera donc opposable. Mais s'il se trouve dans les délais fixés par l'article 17, paragraphe 6, il pourra faire valoir la nullité de toute la procédure et, passé ce délai, il pourra encore valablement formuler ses dires et observations sur le cahier des charges et faire ainsi valoir son droit de préférence sur le prix lors de la distribution.

D'autre part, il lui appartiendra, en vertu de l'article 33, paragraphe 2, une action en responsabilité, contre le greffier si c'est par la faute de celui-ci qu'il n'a pas été averti de la vente et si, au contraire, la responsabilité du greffier étant mise à couvert, c'est au créancier poursuivant qu'incombe le défaut de notification, celui-ci poura être régulièrement condamné à des dommages-intérêts au profit du créancier omis.

127. Si parmi les créanciers inscrits se trouve un vendeur non payé, créancier qui possède non seulement le droit de se faire payer par préférence le prix du fonds mais encore le droit de faire prononcer la résolution de la vente, à condition, toutefois, que ses droits aient été régulièrement conservés par une inscription prise conformément aux exigences de l'article 2 de la loi de 1909, l'article 2, paragraphe 6 de ladite loi prévoit qu'une notification de la vente devra lui être faite au domicile élu avec déclaration que faute par lui d'intenter l'action résolutoire dans le mois de la notification, il sera déchu à l'égard de l'adjudicataire du droit de l'exercer. Cette notification, remarquons-le est indépendante de la signification du cahier des charges, elle s'ajoute à celle-ci : c'est là, bien certainement, une précaution superflue dont n'use pas l'article 797 du Code de procédure vis-à-vis de créanciers privilégiés et hypothécaires, on pourrait évidemment

(1) Nous verrons d'ailleurs, plus loin, que la jurisprudence admet, dans cette hypothèse, la nullité de l'inscription.

réunir les deux formalités, signification et notification, en faisant contenir dans la signification les mentions qui font actuellement l'objet de la notification et en réduisant à quinze jours le délai de résolution prévu par l'article 2 du paragraphe 6. Mais l'article 3 du nouveau projet Cordelet reproduit, avouons-le, la disposition de l'article 2, paragraphe 6 actuel.

Formalités postérieures à la rédaction du cahier des charges.

Ainsi avertis de la confection du cahier des charges, les créanciers doivent en prendre connaissance et formuler, le cas échéant, leurs dires et observations.

129. La loi de 1909 ne nous indique pas quel Tribunal serait compétent pour statuer sur ceux-ci ; nous admettons sans hésitation que compétence doit être attribuée au Tribunal de commerce puisque, en vertu de l'article 15, paragraphe 5, c'est lui qui a le pouvoir de déterminer les conditions de la vente.

130. De quelle manière seront formulés les dires ? Le seront-ils par acte séparé, c'est-à-dire par acte d'huissier signifié au poursuivant ou bien par voie d'insertion sur le procès-verbal du cahier des charges à la suite de la mise à prix et des conditions de la vente ? Nous croyons que l'on doit adopter cette deuxième procédure qui est la plus pratique et la moins coûteuse en l'espèce. Le cahier des charges est en effet déposé chez l'officier public rédacteur, celui-ci est tout à fait indiqué pour recevoir et consigner sur le cahier des charges les dires et observations des créanciers inscrits.

131. Dans quel délai devront-ils être faits ? La loi de 1909 ne donne malheureusement encore aucune indication à ce sujet. Selon nous, les dires et observations ayant pour but de modifier les conditions de la vente devront être notés sur le cahier des charges avant la publication de celui-ci (1), c'est-à-dire dix jours au moins avant la date fixée pour l'adju-

(1) Nous admettons cependant que l'adjudicataire n'a pas le droit d'opposer la déchéance s'il a connu, avant l'adjudication, les changements faits au cahier des charges en vertu des dires tardifs, et s'il n'a pu se tromper sur les conditions auxquelles l'immeuble a été adjugé.

dication ; quant aux dires et observations dirigés contre la validité d'une ou plusieurs clauses du cahier des charges, observations qui ont par conséquent pour but d'en obtenir la nullité, elles seraient certainement tardives si elles étaient inscrites après expiration du délai de déchéance fixé par l'article 17, paragraphe 6, c'est-à-dire dans les huit jours qui précèdent la vente.

132. Les créanciers inscrits ne sont d'ailleurs pas les seuls intéressés qui puissent formuler les dires et observations sur le cahier des charges, les créanciers chirographaires possèdent le même droit aussi bien que le propriétaire du fonds, le débiteur, le locataire, l'usufruitier ou l'usager, etc...

Adjudication.

133. Après que le cahier des charges a été régulièrement dressé et publié, l'adjudication a lieu suivant le mode ordinaire des adjudications de biens meubles, c'est-à-dire suivant la procédure établie par les articles 617 et suivants du Code de procédure.

Les enchères ne portent pas séparément sur chacun des éléments corporels et incorporels du fonds, pour lesquels, ainsi que nous le savons, il a été prévu une mise à prix distincte; le montant global, la somme des mises à prix de ces divers éléments fait seule l'objet des enchères publiques ; et il y a lieu, seulement après l'adjudication, à ventilation du prix pour les éléments du fonds non grevés de privilèges inscrits.

134. Si l'adjudicataire n'exécute pas les clauses de l'adjudication, le fonds est vendu à sa folle enchère selon les formes prescrites par l'article 17 et le fol enchérisseur est alors tenu envers les créanciers du vendeur et le vendeur lui-même, au paiement de la différence entre son prix et celui de la revente sur folle enchère sans pouvoir réclamer l'excédent s'il y en a (article 19).

Enfin, ajoutons qu'en vertu de l'article 21, aucune surenchère n'est possible lorsque la vente a eu lieu régulièrement dans les formes que nous venons de décrire (1).

---

(1) La surenchère du dixième n'est donc possible que sur un prix de vente amiable du fonds ou sur le prix offert par le tiers détenteur en vue de purger son bien. Serait aussi parfaitement valable une surenchère du dixième por-

136. Effets de l'adjudication. — Le produit de l'adjudication forcée d'un fonds de commerce sera rarement fructueux ; en effet, la valeur du fonds diminue au fur et à mesure que l'insolvabilité du débiteur se produit et pendant toute la durée de la procédure de réalisation, l'exploitation du fonds se paralyse encore. D'autre part, le débiteur lui-même oppose le plus souvent une mauvaise volonté flagrante à cette réalisation et, après l'adjudication même, il fait tout son possible pour retarder la mise en possession de l'adjudicataire et gêner ensuite l'exploitation du fonds.

Cependant, sur autorisation du juge du référé, l'adjudicataire pourra faire expulser *manu militari* l'ancien propriétaire dépossédé des locaux qu'il aurait dû livrer bénévolement.

Il pourra d'autre part interdire à l'ancien propriétaire du fonds d'exploiter dans le voisinage de son ancienne entreprise un nouveau commerce de nature analogue et de détourner ainsi frauduleusement la clientèle et l'achalandage qui ont fait l'objet d'une adjudication régulière. Ainsi, en intentant contre le tiers dépossédé une action en concurrence déloyale, il pourra obtenir de la justice la fermeture du fonds nouvellement créé par celui-ci (1). De même, c'est en intentant une action en concurrence déloyale que l'adjudicataire interdira au propriétaire dépossédé d'utiliser son ancienne enseigne, de reproduire son nom commercial sur ses enveloppes, sur son magasin, si ces différents signes servent à un fonds de commerce analogue au fonds aliéné ; de même encore il pourra, en application de la loi du 28 juillet 1824, se porter partie civile devant le Tribunal correctionnel et faire poursuivre pénalement le cédant qui continuerait à apposer

---

tant sur le prix de cession d'un élément séparé du fonds : brevet, droit au bail que le propriétaire aurait aliéné au profit d'un tiers (en ce sens, Paris, 22 février 1912. S. 1913. 2. 9 .

(1) Cette dernière solution n'est pas universellement admise sous prétexte qu'on ne peut contraindre *manu militari* un débiteur à exercer son engagement, l'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire se transformerait toujours en dommages-intérêts. En réalité, ainsi que le fait remarquer M. Thaller, il y a ici non pas astreinte sur la personne, mais astreinte sur les biens parfaitement légitime et possible ; notons, d'ailleurs, que le gouvernement et l'administration n'hésitent nullement à le faire quand ils en ont envie.

sur ses produits le nom adjugé en même temps que le fonds ; de même encore si le commerçant exproprié continuait l'exploitation de ses brevets, de ses dessins, modèles et marques, en vertu des lois du 5 juillet 1844 (article 43), du 23 juin 1857 (article 7), du 14 juillet 1909 (article 10), et du 19 juillet 1793 (articles 3 et 4), l'adjudicataire du fonds en se portant partie civile pourrait, tout en se faisant adjuger des dommages-intérêts, provoquer une sanction pénale contre l'ancien propriétaire du fonds.

Telles sont les différentes garanties qui appartiennent à l'adjudicataire. Mais, encore une fois, notre exposé est surtout théorique; en pratique, les réalisations forcées sont extrêmement rares parce que peu fructueuses.

Remarques.

Nous en avons ainsi presque terminé avec l'étude de la réalisation du fonds, il nous reste à examiner brièvement quelles sont les sanctions de l'inobservation des formalités déterminées par la loi pour assurer cette réalisation, mais auparavant nous voudrions faire deux remarques sur la procédure de réalisation en général.

I. 137. Observons tout d'abord que la loi de 1909 n'a fixé aucun délai de péremption des poursuites de réalisation, aucun délai pour l'adjudication du fonds ; cependant, en pratique, cette omission est fort peu remarquée car le créancier gagiste est le premier intéressé à la rapidité de la vente du fonds qui perd d'autant plus de valeur que sa réalisation est plus lente.

II. 128. D'autre part aucune disposition n'interdit à plusieurs créanciers gagistes de demander successivement la réalisation du fonds et de suivre chacun séparément ladite procédure ; faute de texte spécial, le Tribunal de commerce ne peut refuser d'autoriser la vente demandée par un créancier alors même qu'un autre créancier aurait déjà mis la procédure en action.

En vue d'éviter les poursuites parallèles, le nouveau projet Cordelet prévoit l'existence d'un registre spécial tenu au greffe du Tribunal de commerce et constatant les demandes de réalisation ; toute demande sera irrecevable si une demande a déjà reçu satisfaction ou est actuellement pen-

dante devant le Tribunal (article 20 nouveau). Nous approuvons cette réforme mais remarquons qu'une disposition analogue à celle de l'article 610 du Code de procédure devrait compléter ce texte et que des délais de réalisation devraient être formellement fixés afin que les seconds saisissants ne soient pas victimes de la négligence du poursuivant et surtout d'une entente secrète qui s'établirait entre lui et le débiteur détenteur du fonds en vue de laisser indéfiniment traîner la procédure de réalisation.

Sanctions de l'inobservation des formalités de procédure de réalisation.

139. Nous ne trouvons dans la loi de 1909 qu'une seule allusion à la théorie des sanctions de l'inobservation des formalités de procédure de réalisation, et cette allusion fait l'objet du paragraphe 6 de l'article 17 de la loi de 1909 : « Il sera statué, s'il y a lieu, sur les moyens de nullité de la procédure de vente antérieure à l'adjudication et sur les dépens par le président du Tribunal civil de l'arrondissement où s'exploite le fonds ; ces moyens devront être apposés à peine de déchéance huit jours au moins avant l'adjudication. Le paragraphe 8 de l'article 15 est applicable à l'ordonnance rendue par le président. »

Mais quels sont ces cas de nullité de l'article 17, paragraphe 6 ? D'autre part ne peut-on pas admettre que dans certains cas l'inobservation des formalités de procédure revêtira un tel caractère de gravité, que la nullité, l'inexistence de ladite procédure pourra être invoquée après expiration du délai de l'article 17 ?

Le problème est très important, très délicat en théorie, mais se présente très rarement en pratique, car, encore une fois, l'aliénation forcée du fonds de commerce y est fort peu fréquente. Selon nous, il y aura inexistence toutes les fois que la procédure suivie sera d'une irrégularité telle que l'apparence ne permettra même pas de retrouver en elle, les différentes formalités exigées par les articles 16 et 17, quand, par exemple, les poursuites de réalisation n'auront été réellement autorisées par une décision du Tribunal de commerce ; quand le cahier des charges n'aura pas été publié, quand l'adjudication n'aura pas eu lieu aux enchères publiques, etc.

Il y aura au contraire annulabilité quand la procédure se présentera sous une apparence régulière qu'il faudra faire tomber parce que le défaut d'observation des formalités exigées par la loi causerait préjudice au détenteur saisi, aux créanciers de celui-ci ou aux tiers. *En principe, toutes les formalités prescrites par l'article 17 sont des formalités substantielles et doivent être observées dans les délais prévus à peine de nullité ;* de même c'est à peine de nullité que le cahier des charges et les affiches doivent contenir les mentions énumérées par le paragraphe 2 de l'article 17. (Cependant nous admettons que l'omission du prénom ou de la profession du poursuivant et du propriétaire du fonds ne constituerait pas un cas de nullité si par ailleurs l'identité de ces deux personnages ne laissait aucun doute.) De même constituerait un cas de nullité de la procédure la fixation des mises à prix et des conditions de la vente par l'officier public ; de même encore la violation du paragraphe 8 de l'article 15, c'est-à-dire la poursuite de la procédure alors qu'il a été fait appel du jugement du Tribunal de commerce. Ces diverses nullités peuvent être invoquées par tous ceux qui auront intérêt, non seulement par le tiers détenteur du fonds, mais par les créanciers inscrits et en général tous les créanciers qui peuvent espérer qu'une saisie mieux conduite portera le fonds de commerce à un plus haut prix. Cependant, bien entendu, nul ne pourra faire valoir un cas de nullité dont il serait l'auteur, comme ce serait le cas par exemple du tiers détenteur qui aurait refusé de donner les renseignemnts suffisants en vue de la désignation du fonds et la nature des opérations entreprises.

140. D'autre part, le tiers détenteur (1) peut toujours critiquer la procédure de réalisation sous prétexte qu'il n'a jamais rien dû (à moins que le jugement du Tribunal de commerce passé en état de force de chose jugée ait réglé cette question) qu'il ne doit plus ayant déjà payé, ou qu'il ne doit pas encore, sa dette n'étant pas arrivée à terme. Il peut de même prétendre que le jugement en vertu duquel s'exécute la procédure n'est pas valable, ou qu'appel a été interjeté de la sentence du Tribunal de commerce ; enfin, il peut encore opposer que le fonds de commerce est insaisissable, étant un bien

(1) Et ses créanciers en vertu de l'article 1166.

dotal (1) ; mais dans toutes ces hypothèses, y compris la dernière, le tiers détenteur sera soumis à la déchéance de l'article 17, paragraphe 6, s'il n'a pas fait valoir des causes de nullité huit jours au moins avant l'adjudication de son fonds.

141. Enfin, un autre incident peut s'élever qui retardera ou empêchera l'aliénation de tout ou partie du fonds. Il est possible, en effet, que le fonds tout entier ou quelques-uns de ses éléments appartiennent à une tierce personne et que le tiers détenteur les possède comme usufruitier, locataire, dépositaire ou même encore indûment, que le fonds soit saisi sur une femme mariée, alors que tout ou partie des éléments appartient au mari, ou sur son mari quand c'est la femme qui en est propriétaire ; que tout ou partie du fonds étant indivis entre plusieurs personnes soit saisi seulement sur l'une d'elles, etc. Ces différentes personnes en admettant qu'elles n'aient pas voulu prévenir la réalisation du fonds en faisait tierce opposition au jugement du Tribunal de commerce, pourront intenter une demande en distraction afin de s'opposer à la vente du fonds ou de certains, seulement, de ses éléments. Mais, dans quel délai devra être intentée l'action en distraction ? La déchéance de l'article 5, paragraphe 6, lui est-elle applicable ?

Nous ne le croyons pas ; mais alors pourrait-on encore intenter cette action en revendication après l'adjudication du fonds ?

Oui et non ; il faut distinguer suivant que le propriétaire revendique un meuble corporel ou un meuble incorporel du fonds.

S'il revendique un meuble corporel, l'adjudication procurera au tiers acquéreur un titre irréfragable en vertu de l'article 2279 du Code civil, et toute revendication sera désormais impossible ; si, au contraire, c'est d'un meuble incorporel qu'il s'agit, l'adjudication ne purge nullement le droit de propriété du tiers intéressé qui, malgré celle-ci, peut à bon droit revendiquer son brevet, sa marque, ses modèles, etc.

Ainsi, en résumé, l'action en distraction devra être intentée

---

(1) Sur la déchéance du droit de se prévaloir de l'inaliénabilité et de l'insaisissabilité du bien dotal. (Voir cassation, 24 mars 1875, S. 85. 2. 493, en sous note).

avant l'adjudication si le tiers intéressé revendique la propriété d'un objet mobilier, elle pourra être intentée après comme avant l'adjudication dans l'autre cas. Remarquons d'ailleurs, ainsi que nous aurons l'occasion de le voir en détail dans notre section réservée à l'étude des conflits, que le propriétaire d'un élément corporel de fonds de commerce ne pourra pas toujours revendiquer avec succès l'objet de sa propriété contre le créancier gagiste qui intente l'action en réalisation ; nous verrons que celui-ci pouvant dès l'instant de la constitution du gage, opposer au propriétaire du meuble corporel le bénéfice de l'article 2279, repoussera victorieusement l'action de revendication, l'action en distraction du véritable propriétaire, quand se trouveront réalisées les conditions d'application de cet article.

142. Avant de quitter l'étude des sanctions des formalités de réalisation, attirons bien l'attention du lecteur sur la disposition du paragraphe 6, de l'article 17, qui désigne le président du Tribunal civil pour connaître et juger des cas de nullité de la procédure de la vente antérieure à l'adjudication. Cette disposition est un vestige de la proposition Cordelet, victorieusement combattue par M. le Sénateur Vallée, le législateur de 1909 après avoir modifié le texte de l'article 15, a oublié de modifier l'article 17 de la même loi ; le nouveau projet Cordelet répare, avec raison, cette erreur et donne en cette matière encore, compétence au Tribunal de commerce.

Ainsi, nous en avons fini avec l'étude de l'adjudication, de la réalisation du fonds de commerce. Les créanciers gagistes voient désormais leur droit se fixer définitivement sur un prix qui leur sera distribué par le moyen de la procédure, de distribution par contribution, toutes les fois que le paragraphe 7 de l'article 15 de la loi de 1909 ne sera pas applicable.

IIe Section

Procédure de distribution du prix.

143. Il s'agit donc de distribuer le prix d'adjudication du fonds de commerce entre les différents créanciers privilégiés du fonds, d'examiner, de peser les différents privilèges de chacun et de déterminer, en dernier lieu, le rang de l'un et de l'autre. Pour procéder à cette opération, la loi du 17 mars

1909 ne nous donne qu'une seule règle, celle de l'article 12 : « Le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leurs inscriptions, les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence » ; mais elle ne détermine pour cette distribution aucune règle spéciale et nous sommes obligés d'admettre, en cette matière, l'application pure et simple de la procédure de distribution par contribution (1). Actuellement donc, sur sommation d'un créancier quelconque, l'acquéreur doit, dans la quinzaine de ladite sommation, verser à la caisse des dépôts et consignations (2) la portion exigible de son prix et le surplus au fur et à mesure de chaque exigibilité. La consignation est alors faite en faveur de tous les créanciers inscrits et opposants. Le créancier le plus diligent constitue avoué et fait procéder ensuite à la distribution du prix par un juge aux ordres du Tribunal civil de la situation du fonds. Après que la procédure de distribution est terminée, les créanciers colloqués touchent leur allocation et donnent main levée de l'inscription, et s'ils s'y refusent, le Tribunal de commerce, en vertu de l'article 30 de la loi de 1909, peut les y contraindre sur la demande de l'adjudicataire.

Ainsi, nous constatons ici encore une imperfection de la loi, le Tribunal de commerce est compétent pour distribuer entre les créanciers d'un commerçant le prix de réalisation du patrimoine de celui-ci lorsque le commerçant est tombé en faillite, il est encore compétent pour autoriser le créancier poursuivant, lorsqu'il est seul inscrit et faute d'autre créancier opposant à percevoir directement son prix de l'adjudicataire

---

(1) Il est assez curieux de remarquer que, lors de l'élaboration de la loi sur l'hypothèque maritime, le législateur du 10 décembre 1874 ne prévoyait lui-même aucune procédure spéciale par la distribution du prix ; la loi du 10 juillet 1885 dut venir compléter les dispositions antérieures, comme le vote du nouveau projet Cordelet viendra à son tour compléter à ce sujet la loi du 17 mars 1909.

(2 Article 6 de la loi de 1909. — Cette règle de la consignation du prix, à défaut d'accord entre les créanciers, est applicable alors même que le créancier inscrit en premier rang est devenu adjudicataire. Dans un arrêt du 30 novembre 1914, la chambre civile de la Cour de cassation décide avec raison que doit être cassée la décision qui déclare le créancier libéré du prix de l'adjudication par compensation avec sa créance, et rejette la demande d'un autre créancier tendant à ce qu'il soit procédé à la consignation à peine de folle enchère.

ou de l'officier public, il est toujours compétent pour ordonner la radiation des inscriptions ; par contre, seul le Tribunal civil aura pouvoir de distribution entre les divers créanciers, le prix de réalisation du fonds lorsque celle-ci sera survenue sur la poursuite des créanciers inscrits.

144. Avec raison le nouveau projet Cordelet réforme cet illogisme en donnant compétence au Tribunal de commerce pour opérer, même dans cette hypothèse, la répartition des deniers, répartition dont il règle la procédure dans un titre spécial faisant l'objet des articles 44 à 59 du projet.

D'après la nouvelle procédure, les créanciers présenteraient une requête au président du Tribunal de commerce à l'effet de faire désigner un juge commissaire devant lequel tous les créanciers devraient être convoqués. Le juge commissaire fixerait le jour où les créanciers devraient présenter leur demande de collocation puis convoquerait personnellement, par lettre du greffier, les créanciers opposants et inscrits et, par voie de la presse, les autres créanciers. Tous les créanciers se présenteraient alors au greffe avec pièces à l'appui, et déposeraient leur demande de collocation, une réunion des créanciers s'ensuivrait alors, présidée par le juge commissaire, qui entendrait leurs observations et dresserait le procès-verbal de distribution amiable du prix s'il y avait entente. Faute d'entente, il déposerait au greffe un projet de répartition, que les créanciers seraient invités à examiner pour présenter immédiatement leurs dires et observations. Faute de contredit, dans un délai déterminé, le projet deviendrait définitif ; s'il se présentait au contraire des contredits, le juge commissaire déposerait un rapport sur ceux-ci et renverait les créanciers devant le Tribunal de commerce qui statuerait alors, en premier et dernier ressorts tout au moins, si la somme contestée n'excédait pas 1.500 francs. Après que le jugement serait devenu définitif, le juge commissaire dresserait alors l'état de collocation du prix.

Ainsi se trouverait rétablie l'harmonie de compétence dans la loi de 1909, pour le plus grand profit des créanciers gagistes qui pourraient, désormais, faire valoir rapidement leurs droits sans s'exposer, pour cela, aux frais dispendieux de la procédure civile de distribution, qui exige toujours constitution d'avoué.

145. Mais le plus souvent, une déclaration de faillite pré-

cédera la déclaration forcée du fonds ; le défaut de paiement des créanciers gagistes sera la conséquence d'une cessation de payement générale, que les autres créanciers du détenteur du fonds se hâteront de faire constater par une déclaration de faillite ou de liquidation judiciaire ; or, quels seront les effets de la déclaration de faillite sur les droits du créancier gagiste et en général sur la procédure de réalisation du fonds ?

Effets de la faillite. — Sans aucun doute, nous devons appliquer aux créanciers nantis les articles 546 à 548 du Code de commerce, les créanciers nantis ne seront inscrits dans les faillites que pour mémoire et les syndics pouront à toute époque, avec l'autorisation du juge commissaire, retirer le gage au profit de la faillite en remboursant la dette, autrement dit en notre hypothèse, le libérer de tous les privilèges qui existent au profit des créanciers nantis. Enfin, dans l'hypothèse où le gage ne serait pas retiré, s'il est vendu par les créanciers gagistes à un prix qui excède les créances garanties, le surplus sera recouvré par les syndics. Au contraire, si le prix est moindre que les créances, les créanciers nantis viendront en contribution pour le surplus dans la masse comme des créanciers ordinaires.

Etant donné que, en vertu de l'article 444 du Code de commerce, dont les termes sont généraux, la déclaration de faillite rend exigible tout le passif du failli, les créanciers nantis auront tout intérêt à réaliser immédiatement leur gage dans les formes de l'article 16 et suivants, afin de pouvoir produire en temps voulu, le cas échéant, concurremment avec les créanciers chirographaires, dans le cas où le prix de réalisation du fonds ne serait pas suffisant pour garantir la créance.

Dans un article paru dans les *Annales de Droit commercial*, année 1910, page 224, M. Bombay prétend que, dans tous les cas, les créanciers nantis sont tenus de produire et d'affirmer leurs créances, que leur gage soit ou non suffisant pour garantir la dette que le failli a contractée à leur égard. En effet, expose-t-il, en admettant que le créancier gagiste veuille procéder à la réalisation de son fonds, conformément à la procédure de l'article 15, il ne lui sera jamais permis de toucher directement le prix de celui-ci entre les mains de l'adjudicataire ou de l'officier public dans les conditions prévues par

le paragraphe 7 dudit article 15 ; car, de plein droit, la déclaration de faillite vaudra toujours opposition du prix et il en résultera que l'adjudicataire, ou l'officier public, sera obligé de consigner son prix entre les mains du syndic de la faillite ; or, ajoute-t-il, le syndic ne peut payer la moindre somme encaissée sans qu'il y ait eu production, affirmation et vérification de créance, il en résulte donc que, pour toucher son prix entre les mains du syndic, le créancier nanti devra se prêter à ces formalités, devra donc, en toute circonstance, produire et affirmer sa créance.

Bien entendu, nous n'acceptons nullement cette manière de voir ; en effet :

1° La déclaration de faillite ne vaut nullement opposition au sens de l'article 15, paragraphe 7. Le syndic peut faire opposition au paiement du prix, mais il doit le faire expressément, car aucun texte n'établit en sa faveur une opposition de plein droit ;

2° Le syndic eût-il fait opposition dans les termes de l'article 15, cette opposition n'aurait jamais pour effet de faire verser le prix du fonds entre les mains du syndic et d'obliger le créancier à subir les formalités de la production et de l'affirmation comme s'il rentrait, purement et simplement, dans la masse (1) ; l'opposition n'aurait pour conséquence, que d'interdire l'application de l'article 15, paragraphe 7 ; c'est-à-dire l'attribution directe des deniers au créancier nanti par l'adjudicataire ou l'officier public, et imposerait, purement et simplement, pour la répartition de ceux-ci, l'observation des formalités de la procédure de distribution par contribution. (En ce sens, Cour de cassation, 31 juillet 1912, D. 1913, 1. 81); le créancier nanti n'est nullement obligé, en cette circonstance, d'observer les formalités prescrites par les articles 491 et suivants du Code de commerce dont l'objet est tout autre.

Cependant, en pratique, les créanciers nantis réaliseront très rarement le fonds, et ce sont les syndics qui, le plus souvent, liquideront ce bien pendant la période préparatoire ou après la déclaration de l'union. Nous savons qu'en théorie ces

---

(1) Le gage peut fort bien n'avoir pas été consenti par le failli mais par un précédent propriétaire du fonds. Le gagiste n'est donc pas créancier de celui-là et ne rentre, par suite, nullement dans la masse.

aliénations ne purgent pas le fonds et que, pour écarter tout droit de suite, les adjudicataires devraient accomplir immédiatement les formalités de la purge ; mais en pratique, nous reconnaissons que la jurisprudence admet la solution contraire ; les créanciers nantis en sont donc réduits à réclamer au syndic le prix d'adjudication du fonds qui leur sera remboursé sur autorisation et, dans l'ordre fixé, par le juge commissaire ainsi que le prévoit l'article 551 (1), déduction faite des frais qui ont été consentis pour sa conservation, jusqu'à concurrence de la créance principale, intérêts et frais, sans qu'ils soient nullement tenus de produire, affirmer et faire vérifier leur créance, puisqu'ils restent toujours en dehors de la masse, aussi bien qu'un créancier privilégié ou hypothécaire quelconque (voir en ce sens Wahl, note sous Rouen, 13 juillet 1900, S. 1901, 2. 177).

Nous en avons donc fini avec l'étude de réalisation du fonds de commerce, et de la distribution du prix. Mais, comme nous le disions au début de ce chapitre, le créancier nanti ne pourra être préféré aux créanciers chirographaires que si son privilège a été régulièrement constitué et valablement publié ; étudions donc rapidement dans une troisième section les conditions de validité du contrat en ce qui concerne, plus particulièrement, le droit de préférence.

IIIe Section

Conditions de validité du contrat en ce qui concerne le droit de préférence.

Condition d'exercice du droit de préférence.

146. Pour que le contrat de nantissement soit valable, il faudra qu'il réponde aux conditions ordinaires de validité des contrats ; en outre il faudra qu'il ait été régulièrement constitué et publié alors que le fonds était bien la propriété du constituant et avant la déclaration de faillite de celui-ci, conformément aux dispositions de l'article 448 du Code de commerce déjà cité.

---

(1) Voilà donc un cas où le Tribunal de commerce, ou tout au moins un de ses membres, est compétent pour assurer la distribution du prix du fonds de commerce entre les créanciers nantis.

Rappelons-le, en effet, l'article 12 de la loi de 1909 étend au gage du fonds de commerce, l'application des articles 446, 447, 448 du Code de commerce. Mais, ainsi que nous l'avons remarqué, seul l'article 448 supprime toute validité du contrat de nantissement, aussi bien au point de vue du droit de suite, qu'au point de vue du droit de préférence, un contrat conclu dans les conditions prévues par les articles 446 et 447 garde toute sa puissance vis-à-vis des tiers acquéreurs, il ne perd sa valeur que relativement à la masse des créanciers chirographaires ; bref les articles 446 et 447 suppriment dans certaines circonstances le droit de préférence du créancier nanti ; ils lui laissent au contraire son droit de suite ; il importe donc d'en étudier l'application au cours de ce chapitre.

Notre examen sera d'ailleurs très bref, ces articles sont connus, on les retrouve avec un effet plus étendu en matière hypothécaire par suite de la présence de l'article 2.146 qui ne se retrouve nullement dans la loi de 1909.

147. D'après l'article 446, sera nul et sans effet relativement à la masse, tout nantissement de fonds de commerce consenti par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de paiement ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque, pour dettes antérieurement contractées.

D'après l'article 447, tout nantissement consenti pendant la même période pour garantir une dette concomitante pourra être annulé relativement à la masse si le créancier gagiste avait alors connaissance de la cessation de paiement de son débiteur.

Mais, encore une fois, l'article 2.146 du Code civil n'est nullement applicable en notre matière ; à condition que le contrat de nantissement soit lui-même valable, l'inscription du privilège dans la quinzaine du nantissement produira son effet vis-à-vis de la masse alors même qu'elle aurait été prise dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls. La cessation de paiement n'arrête nullement le cours des inscriptions, elle interdit simplement la conclusion du contrat dans les conditions fixées par les articles 446 et 447.

148. Rappelons enfin que le deuxième paragraphe de l'article 2.146 n'a pas été plus étendu au gage du fonds de com-

mercc que le premier paragraphe dudit article : est parfaitement valable l'inscription prise dans les délais légaux, depuis l'ouverture de la succession du constituant dans le cas où cette succession n'est acceptée par les héritiers que sous bénéfice d'inventaire.

Ne nous attardons pas plus longtemps sur ces différents points, et passons immédiatement à l'étude des conflits qui peuvent survenir entre le créancier nanti et les différents titulaires de privilège sur le fonds ou certains éléments de ces fonds.

IVe Section

Etude des conflits.

149. Avant de pénétrer dans le fond de ce sujet, il est indispensable que nous rappelions les grands principes qui dominent le nantissement du fonds de commerce.

En vertu du contrat de nantissement, le propriétaire du fonds cède immédiatement au créancier gagiste la possession de son bien, possession des éléments corporels, possession des éléments incorporels.

Mais confiant dans son débiteur le créancier lui laisse la détention du fonds. — Or, si le maintien de la détention entre les mains du débiteur conserve au créancier gagiste tous les avantages de la possession et lui permet par exemple d'invoquer le bénéfice de l'article 2279 en ce qui concerne les meubles corporels qui sont compris dans son gage, par contre il met le débiteur en mesure d'abuser de la confiance que lui a accordée son créancier et d'aliéner sans droit divers éléments du fonds sur lesquels il ne possède qu'un pouvoir d'administration. Dans cette hypothèse, l'acquéreur de bonne foi d'un meuble corporel pourra valablement opposer au créancier gagiste le bénéfice de l'article 2279 du Code civil et le dit créancier sera ainsi victime de la forme qu'il avait adoptée.

Telles sont les idées générales qui nous permettront, au cours de cette section, de solutionner les différents problèmes que nous aurons à résoudre. Entrons donc immédiatement dans le vif de notre étude que nous diviserons en deux parties :

1° Conflit du créancier gagiste avec les titulaires de droit réel sur le fonds considéré *in globo* :

2° Conflit avec les titulaires de droit réel sur certains éléments séparés de ce fonds.

Conflit avec le titulaire de droit réel sur le fonds.

150. Le créancier nanti peut entrer en conflit, lors de la réalisation du gage, avec le véritable propriétaire du fonds exerçant son action en distraction, avec l'usufruitier, l'usager, le locataire du fonds et surtout avec d'autres créanciers dotés d'un privilège sur le fonds.

Passons très rapidement sur les premiers conflits, le créancier gagiste sera préféré au propriétaire du fonds, à l'usager, à l'usufruitier, toutes les fois que son contrat aura été inscrit antérieurement au transfert de la propriété du fonds, de la constitution du droit d'usage ou d'usufruit ; quant au locataire du fonds il bénéficie de l'article 1.743 du Code civil aussi bien qu'un locataire d'immeuble.

Attardons-nous par contre sur les conflits qui surviennent entre le créancier gagiste et les différents titulaires de privilèges sur le fonds et tout d'abord examinons quels sont en dehors des créanciers gagistes les créanciers qui peuvent avoir privilège sur le fonds ?

Le fonds est un bien mobilier, nous trouverons donc la solution du problème dans les articles 2.101 et 2.102 du Code civil. Auront privilège sur le fonds tous les créanciers qui, en vertu de l'article 2.101 sont titulaires d'un privilège général sur les biens meubles de leur débiteur, et les créanciers de l'article 2.102, parmi lesquels nous ne pouvons retenir en notre matière que le vendeur de fonds, le créancier gagiste, et le créancier de frais consentis pour la conservation de la chose.

Étudions donc séparément les conflits que peuvent s'élever entre le créancier gagiste et les titulaires de ces différents privilèges.

Conflit avec les créanciers dotés d'un privilège général sur les meubles.

151. Les titulaires de privilèges généraux sur les meubles peuvent invoquer leur privilège quand on répartit le prix de n'importe quel meuble de leur débiteur, le prix du fonds de commerce par exemple.

Les plus notables de ces privilèges sont énumérés par l'article 2.101 du Code civil, mais rappelons qu'il faut ajouter à ceux-ci quelques autres privilèges établis par le Code de commerce et différentes lois spéciales. Ce sont des privilèges qui garantissent des créances habituellement modiques et la faveur dont celles-ci jouissent, tient à des motifs d'équité et d'ordre public. Nous devons citer entre autres, les créances de frais de justice (frais d'inventaire, frais de liquidation, frais de distribution, etc.), les frais funéraires, frais en dernière maladie, salaires des gens de service pour l'année échue et ce qui reste de l'année courante, appointements de tous ceux qui louent leur service, pour les six derniers mois, créances prévues par l'article 549 du Code de commerce modifié par la loi du 17 juin 1919 (salaires des ouvriers, artistes dramatiques, commission des commis-voyageurs, etc.), créance de fourniture de subsistance, créance de la victime d'accident du travail (loi de 1898, art. 23, paragraphe 1, créance de recouvrement des impôts directs, sauf impôt foncier, privilège de la régie, des douanes, etc.) (1).

Quand un conflit s'élèvera entre des différents créanciers et un créancier gagiste sur le prix de répartition du fonds, nous admettons, par analogie avec la disposition de l'article 2.105 et en vertu du caractère modique de ces créances et de la nécessité d'ordre public de leur acquittement, que les privilèges généraux devront primer le privilège spécial du gagiste. Mais si cette solution est celle de la majeure partie de la doctrine

(1) Aux privilèges généraux, nous pouvons assimiler le privilège des créanciers du défunt qui, dans les trois ans de l'ouverture de la succession, ont demandé la séparation des patrimoines afin d'acquérir un droit de préférence sur les meubles de la succession. Si le fonds donné en gage par l'héritier est un bien successoral, et s'il a été nanti postérieurement à la séparation des patrimoines, il n'est pas douteux que les créanciers du défunt soient alors préférés au créancier gagiste (art. 878).

(en ce sens Gény, cours du droit civil ; Thaller, Percerou, contra Planiol, Colin et Capitan, Lyon-Caen) la jurisprudence est fixée en sens contraire et admet que sauf en ce qui concerne les frais de justice qui constituent des frais de conservation, le privilège du créancier nanti doit primer les privilèges généraux sur les meubles (Poitiers, 18 décembre 1890, S. 91, 2. 101 ; Orléans, 9 juin 1905, *Journal des Faillites*, 1905, page 165 ; Civile cassation, 17 décembre 1918 ; id., 1919, page 155).

Conflit entre deux créanciers gagistes.

152. A première vue il semble qu'il n'existe à ce sujet aucune difficulté puisque l'article 12 de la loi de 1909 paraît régler le problème en décidant que « le rang des créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence ».

Reconnaissons en effet que la question est complètement réglée dans le cas où le fonds ne se trouve pas déplacé ; mais supposons que la situation du fonds ait été modifiée par le tiers détenteur ; nous savons que dans cette hypothèse les créanciers inscrits devront, dans la quinzaine de l'avis à eux notifié du déplacement ou dans la quinzaine du jour où ils en auront eu connaissance, faire mentionner en marge de l'inscription existante, le nouveau siège du fonds et si celui-ci se trouve transféré dans un autre ressort, faire reporter à sa date, sur le registre de la nouvelle situation, avec indication du nouveau siège, l'inscription primitive (art. 13).

Si le propriétaire, ainsi que l'ordonne l'article 13, notifie au gagiste son intention de déplacer le fonds quinze jours avant de procéder à cette opération, pas de difficulté, l'inscription sera reportée sur le registre au nouveau siège du fonds avant la reprise de l'exploitation de celui-ci, mais en pratique l'observation des prescriptions de l'article 13 est rare ; le propriétaire du fonds déplace celui-ci sans prévenir les créanciers inscrits et commence son exploitation dans le nouveau local choisi sans qu'aucune inscription ait été prise sur le registre de la nouvelle situation du fonds.

Supposons alors que le propriétaire du fonds constitue un nantissement sur son bien sans prévenir son nouveau créancier de l'existence des anciens privilèges; ce créancier nouveau inscrira son nantissement sur le registre de la nouvelle situation du fonds et se croira selon toute vraisemblance premier en

rang. Supposons que les anciens créanciers gagistes, ayant alors connaissance du déplacement du fonds, transportent leurs inscriptions sur le registre du nouveau siège, seront-ils préférés, lors de la réalisation du fonds au créancier qui a inscrit son privilège alors qu'aucune inscription n'était portée sur le registre, au créancier qui n'a avancé de l'argent au propriétaire du fonds que parce qu'il se croyait certain d'obtenir sur le fonds un privilège de premier rang ?

153. Le législateur n'a pas résolu la question et cependant il a aperçu la difficulté ; mais ainsi que le confesse M. le Sénateur Cordelet, dans son rapport déposé au Sénat le 25 janvier 1907 : « La Commission n'a pas cru pouvoir déterminer la solution du problème, elle a laissé ce soin aux tribunaux, ce sera une question de fait et d'appréciation.... Le premier créancier a-t-il été négligent ? A-t-il fait reporter son inscription dans la quinzaine ? Le nouveau créancier avait-il connaissance du premier nantissement ? Est-ce par suite d'une connivence avec le débiteur qu'il s'est fait consentir un nantissement sur le fonds à peine installé ? Il semble que son inscription devra primer l'inscription primitive même reportée dans la quinzaine s'il a été de bonne foi ».

Nous ne croyons pas pouvoir accepter en l'espèce les suggestions du législateur qui complique étrangement la matière. Le conflit ne s'élèvera entre les créanciers que lors de la réalisation du gage ; or il sera bien difficile à cette époque de rechercher si tel créancier a été négligent ou si tel autre a été de bonne foi. D'autre part, peut-on admettre sans violer la loi, ainsi que semble le proposer M. Cordelet, que l'inscription du premier créancier sera reportée valablement après expiration de la quinzaine qui suivra la notification au déplacement du fonds ? Selon nous, pour régler le problème que pose l'opposition des intérêts des deux créanciers inscrits avant et après le déplacement, il faut distinguer deux hypothèses distinctes :

1° *Le fonds est transféré en dehors du ressort du Tribunal de commerce de première instance.* — Deux situations à envisager de nouveau :

a) Le créancier fait reporter son inscription sur le nouveau registre dans la quinzaine de la notification qui lui a été faite du déplacement ou dans la quinzaine de la connaissance qu'il aura eue du transfert. Dans cette hypothèse, aux termes de l'article 13, § 2, l'inscription est reportée à sa date sur le nou-

veau registre. Si, avant le report, un gage a été régulièrement inscrit au profit d'un autre créancier, la date de cette inscription est certainement postérieure à la date de report de l'inscription du créancier antérieurement nanti; en application de l'article 12, celui-ci devra donc être préféré au deuxième créancier.

b) Le premier créancier gagiste ne fait pas reporter son inscription dans la quinzaine de la notification. — Nous n'hésitons pas à assimiler l'obligation de l'article 13, § 2, à l'obligation de l'article 11, § 1. Selon nous, si l'inscription n'est pas prise dans la quinzaine de la notification, elle ne pourra plus désormais être prise et le gage tombera ; en effet, remarquons bien que si l'on admettait une autre solution on retrouverait en cette hypothèse tous les inconvénients que le législateur a voulu écarter au moyen de l'article 11, le créancier gagiste s'entendrait frauduleusement avec son débiteur pour lui procurer un crédit factice et ne publierait qu'au dernier moment son privilège sur le fonds.

2° *Le fonds se déplace dans le ressort du Tribunal de commerce.* — La mention dans l'inscription de la situation du fonds ne sert qu'à individualiser celui-ci. Par suite, si malgré l'annotation en marge de l'inscription primitive de la nouvelle situation du fonds, il ne peut exister aucun doute dans l'esprit des tiers sur l'individualité du fonds grevé de privilège, la première inscription conservera toute sa valeur dans toutes les hypothèses. Si, au contraire, la mention de la situation du fonds est indispensable pour individualiser celui-ci, nous retombons dans l'hypothèse prévue précédemment, à peine de déchéance le premier gagiste devra noter en marge de son inscription la nouvelle situation du fonds dans la quinzaine de la notification qui lui aura été faite du déplacement de l'exploitation commerciale.

2) Conflit entre gagiste et vendeur non payé.

154. Le vendeur n'a privilège sur le fonds de commerce en garantie du paiement de son prix que si son contrat a été constaté par acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré et que si le privilège a été inscrit sur un registre public tenu au greffe du Tribunal de commerce de la situation du fonds (art. 1, loi de 1909, § 1). L'inscription doit être

prise à peine de nullité dans la quinzaine de la date de l'acte de vente, elle prime alors toute inscription prise dans le même délai du chef de l'acquéreur (art. 2, § 1).

Pour solutionner le conflit qui peut s'élever entre créancier gagiste et vendeur, deux situations à envisager :

1° Le gage du fonds de commerce est antérieur à la vente du fonds. Dans ce cas, pas de difficulté ; le créancier gagiste, dont le privilège a été régulièrement conservé, sera préféré au vendeur.

2° Le gage est postérieur à la vente. Le vendeur est alors préféré au créancier gagiste à condition qu'il ait rempli les formalités prescrites pour la publicité de son privilège et qu'il n'ait pas laissé périmer ses inscriptions (1).

Mais si le vendeur a négligé d'inscrire son privilège ou a laissé disparaître celui-ci, peut-il tout au moins conserver son action en résolution de la vente ? Non, l'action résolutoire établi par l'article 1.654 du Code civil doit, pour produire ses effets, être réservée et mentionnée dans l'inscription qui conserve le privilège, l'action résolutoire ne pourrait plus être exercée au préjudice des tiers après l'extinction de celui-ci (art. 2, § 2).

Nous reconnaissons là l'extension à la vente du fonds de commerce de la législation admise en matière de vente d'immeuble. Mais doit-on admettre, suivant le droit commun, que le privilège du vendeur de fonds de commerce, qui est meuble, s'éteindra en cas de faillite de l'acquéreur ? Non, aux termes du paragraphe 7 de l'article 2 de la loi de 1909, l'article 550 du Code de commerce n'est applicable ni au privilège, ni à l'action résolutoire du vendeur de fonds.

---

(1) Cette solution n'est adoptée que depuis 1909. Avant 1909, aucune publicité n'accompagnait le privilège du vendeur ; aussi doctrine et jurisprudence s'entendaient-ils pour préférer dans tous les cas le créancier gagiste au vendeur (Paris, 8 janvier 1908. D. 08. 2. 147. Percerou, ouvrage cité, p. 246, Boutaud et Chabrol, p. 104 . Théoriquement, cette solution était peut-être discutable car, chose incorporelle. le fonds de commerce ne pouvait être protégé par l'application de l'article 2.279 ; le privilège du vendeur, droit réel sur le fonds, ne pouvait être purgé par le gage de celui-ci ; cependant, en pratique, la solution de la jurisprudence était heureuse ; le créancier constituant un nantissement s'était fié aux apparences raisonnables lorsqu'il avait cru que le fonds était propriété libre de son détenteur actuel ; donner la préférence au privilège du vendeur aurait abouti à supprimer toute sécurité dans les relations commerciales et interdire fâcheusement les ouvertures de crédit.

155. Ainsi donc le vendeur possède, lorsqu'il a rempli les formalités établies par le législateur une action résolutoire et son privilège (1). Or, il est à peine besoin de faire remarquer que l'exercice de l'action résolutoire peut causer un très grave préjudice au créancier postérieurement nanti ; elle aboutira, en effet, à la disparition complète de son gage, de son privilège ; aussi comprenons-nous que dans les paragraphes 4 et 5 de l'article 2, le législateur ait spécialement décidé que « le vendeur qui exerce l'action résolutoire doit la notifier aux créanciers inscrits sur le fonds au domicile élu dans leurs inscriptions. Le jugement ne peut intervenir qu'après un mois écoulé depuis la notification. Le vendeur qui a stipulé lors de la vente que, faute de paiement dans le terme convenu, la vente sera résolue de plein droit ou qui a obtenu de l'acquéreur la résolution amiable, doit notifier aux créanciers inscrits au domicile élu la résolution encourue ou consentie qui ne deviendra définitive qu'un mois après la notification ainsi faite » ; de la sorte le gagiste, plutôt que de consentir à la résolution de la vente et à l'extinction de son privilège, pourra acquitter la dette de son propre débiteur ; il se trouvera alors subrogé aux droits du vendeur, prendra son rang d'inscription et sera maître de réaliser le fonds à l'instant qui lui semblera le plus propice.

156. Avant de quitter ce sujet, remarquons que le privilège du vendeur se présentera toujours sous un aspect particulier lors de la réalisation du fonds. Ce privilège ne porte pas, à proprement parler, indistinctement sur tous les éléments du fonds ; il se divise en trois privilèges distincts : privilège sur les éléments incorporels, qui ne garantit que le paiement des éléments incorporels du fonds ; privilège sur le matériel, qui ne garantit que le paiement de celui-ci ; enfin, privilège sur les marchandises, qui ne garantit lui-même que le prix des marchandises. Les paiements partiels opérés par l'acheteur

(1) Pour que le dit privilège se manifeste, il faut qu'il y ait bien vente et non partage, échange, etc. La cession, après dissolution de la société créée pour l'exploitation d'un fonds de commerce par un associé à l'autre de sa part sociale moyennant un prix déterminé, n'équivaut pas à une vente, mais constitue un partage avec soulte. En conséquence, dans le cas de la faillite du cessionnaire, le cédant est sans droit de se prévaloir du privilège du vendeur à l'encontre du gagiste régulièrement inscrit (*Journal des faillites*, 1914, p. 258, trib. de com. Seine, 6 avril 1914).

s'imputant de plein droit d'abord sur le prix des marchandises puis sur le prix du matériel, il arrivera donc souvent que le privilège du vendeur ne sera plus garanti après quelques paiements partiels que par un privilège sur les éléments incorporels du fonds. Cette division du privilège peut être très préjudiciable au vendeur, qui, pour cette raison, complète fréquemment son privilège par un véritable nantissement, dont le privilège indivisible lui sera très précieux.

3) Conflit du gagiste avec le conservateur de la chose.

157. Aux termes de l'article 210, § 3, sont privilégiés sur le prix de réalisation de la chose, les créances des frais faits pour la conservation de cette chose ; le privilège en conservation de la chose peut être invoqué, tout le monde est d'accord pour l'admettre, que la chose conservée soit une chose corporelle ou incorporelle, animée ou inanimée (Aubry et Rau, III, § 261 ; Baudry, 1, n° 475. — Cassation, 13 mai 1835, S. 35, 1.707).

Par frais et dépenses consenties pour la conservation d'une chose il faut entendre les frais et dépenses qui ont empêché la chose de périr ou de se détériorer, soit en totalité, soit en partie, les dépenses qui ont pour but de maintenir au meuble sa valeur et son existence. Ainsi, il a été admis que celui qui gère une maison de commerce pour le compte d'une autre a privilège pour les dépenses par lui faites pour la conservation du fonds, notamment pour les sommes qu'il a versées à titre d'avance dans la caisse de la maison de commerce (Angers, 8 décembre 1848, § 49, 2.91). Que ceux qui ont fait après la liquidation d'une Société commerciale les fournitures nécessaires pour maintenir en activité l'usine exploitée par la société ont droit d'être payées sur l'actif social de préférence aux autres créanciers, jusqu'à concurrence du montant des fournitures rentrant dans la catégorie des frais faits pour la conservation de la chose (Dijon, 17 mars 1862, S. 62. 2., 329).

Ces diverses solutions peuvent et doivent être étendues en notre matière ; quiconque a fait des frais pour la conservation, pour la survivance d'un fonds de commerce, doit être préféré aux autres créanciers lors de la réalisation de ce fonds. Quant au conflit qui peut se produire entre le conservateur et le

créancier gagiste, deux hypothèses distinctes doivent être envisagées :

1° *Les frais de conservation ont été consentis après la conclusion du gage.* — Dans cette hypothèse, nous n'hésitons d'admettre que le conservateur sera préféré au créancier gagiste dont il a fait l'affaire en lui conservant l'objet de son privilège.

Et très judicieusement, la jurisprudence applique ce principe en matière de faillite et décide que les frais supportés par le syndic de faillite en vue de maintenir le fonds en activité, pour lui conserver sa valeur, donneront naissance à une créance privilégiée qui sera préférée à la créance du créancier nanti lors de la réalisation du fonds (Cour de cassation, 31 juillet 1913, S. 1920, 1.154). Mais, ajoute-t-elle, les frais consentis pour obtenir la réalisation du gage étant à la charge du débiteur qui les a rendu nécessaires en n'exécutant pas ses obligations doivent être, au contraire, supportés par la masse ; ils ne peuvent être prélevés sur le produit de réalisation du gage que s'il n'y a pas d'autre actif dans la faillite.

Le juge de fonds devra donc dans chaque espèce déterminer les avances qui peuvent constituer des frais de conservation (Cassation, 14 février 1900, S. 1900, 1.176), il ne sera nullement nécessaire que celui qui a fait les avances ait agi dans l'intention ou se soit proposé de sauvegarder les intérêts du gagiste (S. 87. 1. 200, Cassation, 10 mai 1887), il suffira que les frais exposés aient profité au créancier gagiste par cela seul qu'ils auront empêché la perte totale ou partielle de son gage.

2° *Les frais de conservation ont été consentis antérieurement au gage.* — Dans cette hypothèse nous admettons que le créancier gagiste sera préféré au conservateur de la chose, adoptant ainsi, par analogie, la solution donnée avant 1909 par la jurisprudence, lorsqu'il s'agissait de régler le conflit entre vendeur et gagiste.

En effet, le privilège du conservateur n'est nullement publié, lors de la constitution du gage le créancier a cru légitimement que le fonds était libre de tout privilège et cette constatation fut la cause déterminante de son ouverture de crédit au détenteur du fonds ; il serait injuste, par suite, le créancier gagiste ne profitant nullement des dépenses effectuées pour la conservation de la chose antérieurement au nantissement, de lui préférer le dit conservateur qui, remarquons le

bien, avait la facilité de renforcer son privilège en se faisant consentir un nantissement sur le fonds (1).

158. Existe-t-il d'autres privilèges portant sur le fonds considéré *in globo* ? Non, faute de dispositions législatives spéciales, nous ne pouvons nullement étendre en notre espèce les privilèges de l'article 2.103 (en ce sens Tribunal de commerce de la Seine, 6 avril 1914. *Journal des Faillites*, p. 258). Seul le législateur en aurait le pouvoir (2).

Nous en avons ainsi terminé avec l'examen des conflits qui peuvent surgir entre le créancier gagiste et le titulaire d'un droit réel sur le fonds. Passons maintenant à la deuxième partie de notre étude.

II. Conflits entre le créancier gagiste et le titulaire d'un droit réel sur l'un quelconque des éléments du fonds.

159. Nous étudierons d'abord dans une première partie les conflits qui peuvent s'élever entre le créancier privilégié sur le fonds avec les créanciers privilégiés sur certains éléments de ce fonds.

Dans une deuxième partie, les conflits entre le créancier gagiste et le propriétaire d'un élément quelconque rentrant dans la composition du fonds.

Enfin, dans une troisième partie, le conflit entre le gagiste et le créancier hypothécaire, lorsque le matériel du fonds possède la qualité d'un immeuble par destination.

---

(1) Remarquons d'ailleurs qu'en matière de privilèges l'ordre de préférence se règle non pas d'après un ordre de date, mais d'après la qualité des privilèges (art. 2.096) ; or, en l'espèce, il semble bien que la qualité du privilège du gagiste doive être préférée à la qualité du privilège du conservateur de la chose qui a consenti des frais antérieurement au gage.

(2) Le nouveau projet Cordelet prévoit ainsi 4 nouveaux privilèges sur le fonds : 1° privilège des échangistes pour créance de soulte ; 2° privilège du donateur en garantie de l'exécution des charges et prestations accessoires de la donation ; 3° privilège des copartageants pour soulte, reprise de lot et prix de licitation ; 4° privilège en garantie des créances résultant de l'option pour la conservation d'un fonds de commerce faite soit par un époux survivant, en vertu d'une clause de son contrat de mariage, soit par un associé, en vertu d'une convention d'attribution.

1. Conflit avec les créanciers privilégiés sur certains éléments du fonds.

Les créanciers privilégiés peuvent être ou bien des créanciers gagistes titulaires d'un droit de nantissement sur certains éléments incorporels ou corporels du fonds.

Ce peuvent être des bailleurs d'immeubles titulaires d'un privilège sur le mobilier et le matériel abrités dans la propriété.

Ce peuvent être des conservateurs, réparateurs ; ce peuvent être, enfin, des vendeurs.

A) Conflit avec un créancier gagiste.

Le fonds de commerce comprenant des éléments corporels et des éléments incorporels, un gage spécial pourra être accordé par le propriétaire du fonds sur l'un ou l'autre de ces éléments.

a) Gage d'un élément incorporel. — Pratiquement pourront être donnés isolément en gage : le droit au bail, les brevets, dessins et modèles.

160. *Gage du droit au bail.* — Le gage se réalise ainsi que nous l'avons fait déjà observer non pas par le transfert de la détention du local, mais par la simple rédaction d'un acte public ou d'un acte sous seing privé dûment enregistré signifié au bailleur et par la transmission du contrat de bail (instrumentum). Si le gage du droit au bail a été signifié au bailleur avant que le gage du fonds n'ait été régulièrement publié, il nous semble certain que le créancier gagiste ayant privilège sur le bail sera préféré au créancier nanti du fonds qui aurait pu facilement se renseigner sur l'existence de ce privilège en consultant, avant de consentir son ouverture de crédit, le bailleur dûment averti. Au contraire, si le gage du bail a été consenti postérieurement à l'inscription du nantissement sur le fonds, le créancier nanti sera incontestablement préféré au créancier titulaire du droit de gage sur le bail. Il ne peut y avoir aucun doute à ce sujet.

161. *Gage des brevets d'invention et des marques.* — Nous savons que, à peine de nullité à l'égard des tiers, en vertu de l'article 24, § 3, le créancier nanti du fonds de commerce ne

possédera de privilège sur les brevets d'invention, les dessins, les modèles et les marques, que si le gage a été régulièrement inscrit à l'office de la propriété industrielle sur la production du certificat d'inscription délivré par le greffier du Tribunal de commerce dans la quinzaine qui suivra cette inscription.

D'autre part, en vertu de la loi du 26 juin 1920 (1), le gage d'un brevet ou d'une marque de fabrique n'est valable, à l'égard des tiers, que s'il est régulièrement inscrit sur le registre spécial des brevets d'invention ou des marques tenu lui-même à l'office de la propriété industrielle.

Il résulte de cette double disposition que depuis le 16 septembre 1920 (1), sera préféré à l'autre, en cas de réalisation des brevets d'invention et des marques, le créancier gagiste qui le premier aura fait inscrire son privilège à l'office de la propriété industrielle.

Mais la loi du 26 juin 1920 ne réglemente que pour l'avenir, elle ne dispose nullement pour le passé. L'article 12 du décret du 11 septembre concernant les brevets, l'article 16 du décret concernant les marques prévoient bien, à titre de référence, l'inscription des nantissements consentis antérieurement à la mise en application de la loi de 1920 sur un registre spécial ; mais aucune sanction n'est imposée à cette obligation et les nantissements non inscrits restent opposables aux tiers.

Les nantissements consentis sur les brevets ou les marques, antérieurement au 16 septembre 1920, étaient donc opposables aux tiers par le seul fait de la conclusion du contrat et leurs titulaires sont, aujourd'hui encore, préférés aux créanciers nantis du fonds de commerce qui comprend ces brevets et ces marques si le contrat a été conclu antérieurement à l'inscription du gage du créancier nanti sur le registre tenu à l'office de la propriété industrielle, ainsi qu'il en est ordonné par l'article 24, § 3, de la loi de 1909 et le décret d'administration publique du 28 août de la même année.

126. *Gage des dessins et modèles.* — La loi du 26 juin 1920 ne s'applique pas au gage des dessins et modèles, le gage

---

(1) Deux décrets en date du 11 septembre (*J. O.*, 15 septembre), ont réglementé, en ce qui concerne les brevets et les marques, l'exécution de la loi du 26 juin, qui est donc applicable à dater du 18 septembre 1920. La loi du 26 juin 1920 consacrant la pratique coutumière en vigueur, établit ici encore une sorte de gage sans détention des brevets d'invention et des marques.

isolé de ceux-ci n'est donc soumis à aucune publicité, il est opposable aux tiers dès l'instant de la conclusion du contrat de nantissement ; comme précédemment, le gagiste sera donc préféré au créancier nanti du fonds, si son gage a été constitué antérieurement à l'inscription du nantissement du fonds.

163. *Gage de la clientèle, de l'enseigne, du nom commercial.* — Nous devons adopter en cette hypothèse la même solution que nous avons déjà admise pour le gage des dessins et modèles. Mais la question est ici strictement théorique ; en pratique, il ne viendrait à l'idée d'aucun créancier de se faire consentir un gage isolé sur ces différents éléments.

b) Gage d'un élément corporel du fonds. — Les marchandises n'étant pas comprises dans le gage du sujet. Il n'y aura possibilité de conflit qu'en ce qui concerne le matériel qui peut faire l'objet d'un gage sans détention dans le cas du warant hôtelier, par exemple.

164. *Le matériel a fait l'objet d'un gage pur et simple avec transfert de détention.* — Si le gage a été constitué antérieurement au nantissement du fonds, aucune difficulté ; le créancier en possession, le créancier saisi du matériel sera préféré fort justement au créancier nanti.

Même solution encore si le créancier a été saisi du matériel postérieurement au nantissement du fonds ; en vertu de l'article 2279 il pourra repousser victorieusement le créancier nanti mais non saisi du fonds, à condition que la bonne foi légitime son titre (1). Le créancier nanti aura d'ailleurs un recours

---

(1) Cette solution a été cependant contestée. On a prétendu que le créancier saisi du matériel ne pouvait jamais opposer sa bonne foi au créancier nanti, car, avant d'accepter le gage, il pouvait et devait consulter les registres sur lesquels se trouve inscrit le nantissement du fonds (Touton, thèse Rennes, 1912, p. 167). En réalité, le gage mobilier se constitue beaucoup trop rapidement pour qu'on puisse faire grief au créancier nanti de n'avoir pas consulté les registres, l'un prête ou promet de prêter de l'argent et l'autre cède immédiatement l'objet du gage, personne n'a souci de perdre plusieurs jours pour demander au greffier du tribunal de commerce l'état des inscriptions sur le fonds. Si l'on critiquait d'ailleurs la validité de ce gage, on devrait de même critiquer la validité de l'acquisition du droit de propriété de l'acheteur en cas d'aliénation du matériel du fonds, peut-on y songer raisonnablement ? N'admet-on pas d'ailleurs en pratique qu'un gage puisse être valablement constitué sur un matériel immobilisé par destination ? Dans ce cas, cependant, un registre public le droit réel du créancier hypothécaire.

contre le propriétaire détenteur du fonds, il pourra se porter partie civile devant le tribunal correctionnel et demander application de l'article 408 du Code pénal, afin de faire condamner son débiteur aux peines de l'abus de confiance. Nous avons déjà étudié cette question précédemment (n° 80). Inutile donc d'y revenir.

160. *Le matériel a fait l'objet d'un warrant hôtelier.* — Nous avons déjà eu l'occasion de mentionner la loi du 8 août 1913, qui établit le gage sans désaisissement du mobilier, et matériel servant à l'exploitation d'un hôtel. Supposons donc qu'un hôtelier ait constitué successivement sur son fonds un nantissement dans les formes prescrites par la loi de 1909, et un warrant sur son mobilier et sur son matériel, conformément à la procédure établie par la loi de 1913. Lors de réalisation du matériel du fonds, lequel du porteur de warrant ou du créancier nanti sera préféré à l'autre ? Comme précédemment, distinguons soigneusement nos deux hypothèses :

1° Le warrant hôtelier a été constitué antérieurement au nantissement du fonds. — Nous admettons que dans cette hypothèse le créancier nanti sera préféré au porteur de warrant.

En effet, l'inscription du nantissement du fonds confère vis-à-vis du tiers au créancier nanti un droit de possession lui permettant d'invoquer le bénéfice de l'article 2.279, tout comme si réellement il avait été saisi du fonds. Or, comme nous l'avons admis plus haut dans une hypothèse semblable, il est certain que si le matériel hôtelier avait été réellement donné en gage à un tiers après constitution du warrant, ce tiers aurait été préféré au porteur du warant lors de la réalisation du gage ; l'article 13 de la loi du 8 août 1913 admet d'ailleurs implicitement cette solution, puisqu'il spécifie que dans cette hypothèse l'emprunteur, propriétaire de l'hôtel, sera frappé des peines prévues par les articles 406 à 408 du Code pénal, c'est-à-dire des peines de l'abus de confiance ; le créancier nanti du fonds étant assimilé au créancier réellement saisi (quant au droit à la possession et au bénéfice de l'article 2.279), nous devons appliquer au gage du fonds de commerce, la solution que nous donnions en matière de gage pur et simple et décider, par suite, que le créancier nanti sera préféré au porteur de warrant lors de la réalisation du fonds, le propriétaire de l'hôtel restant alors menacé d'être poursuivi conformément aux dispositions de l'article 13 de la loi de 1913.

Ainsi, après la constitution du nantissement du fonds, l'hôtelier cesse de détenir son mobilier pour le porteur de warrant, il détient désormais pour le créancier nanti doté d'un véritable droit de possession sur le fonds. Mais pourrait-on objecter, ainsi que le fait parfaitement remarquer M. le professeur Capitant dans une hypothèse similaire sous sa note au Dalloz (1919, 1. 33 sous Civile cassation, 23 avril 1918). Comment l'hôtelier peut-il par un simple acte de volonté changer son titre de détention, commencer une nouvelle détention dans l'intérêt du créancier nanti. L'article 2.240 ne s'oppose-t-il pas à ce changement dans l'esprit de sa détention ? Non, remarquait le savant auteur, ce n'est pas par un acte unilatéral que l'hôtelier change son titre de détention, mais par l'effet du contrat conclu avec le nouveau prêteur qui se fait consentir, en garantie de son avance, un nantissement sur le fonds, le nantissement du fonds vaut remise du fonds avec son matériel, la situation est la même que si le prêteur créancier gagiste sur le fonds exploitait lui-même celui-ci, en détenant les éléments corporels et incorporels. La dation du fonds en gage change donc l'animus de l'hôtelier emprunteur, il détenait autrefois pour le porteur du warrant, il détient désormais pour le créancier nanti du fonds, « l'article 2.240 ne s'oppose nullement à ce changement, du moment qu'il se produit par la création, au profit d'un tiers, d'un titre nouveau » (Capitant, note précitée). Quant au porteur du warrant, victime de la mauvaise foi de l'emprunteur, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même d'avoir mal placé sa confiance, l'article 13 de la loi de 1913 lui donne d'ailleurs la facilité de poursuivre le coupable (1).

Cette solution suppose d'ailleurs la bonne foi du créancier gagiste ; or celle-ci pourrait être facilement écartée si le porteur du warrant arrivait à prouver que, antérieurement à l'inscription du nantissement sur le fonds, le gagiste avait eu connaissance du warrant publié conformément aux prescriptions de la

---

(1) Notons que si la loi de 1909 avait adopté la forme de l'hypothèque au lieu de celle du gage, nous ne pourrions donner cette solution faute d'application possible de l'article 2.279. Dans l'hypothèse de l'extension de l'hypothèque au meuble qu'est le fonds, le porteur de warrant serait préféré au créancier nanti du fonds.

loi de 1913 sur un registre spécial tenu au greffe du Tribunal de commerce. Il serait donc extrêmement désirable de centraliser la publicité des warrants sur un même registre que celui qui publie le nantissement du fonds et de rendre ainsi opposable au créancier nanti la constitution régulière d'un warrant, ce qui permettrait d'étendre à notre hypothèse les dispositions de l'article 12 de la loi de 1909.

166. Nous n'avons pas à examiner le cas où un warrant serait constitué après le nantissement du fonds. En effet, il semble bien qu'en vertu de l'article 13 de la loi de 1913, le warrant serait nul et que le propriétaire du matériel serait susceptible d'être poursuivi sous l'inculpation d'escroquerie. Nous ne pouvons que regretter cette disposition qui n'est d'ailleurs qu'une extension des prescriptions de l'article 4 de cette loi. La loi du 8 août 1913 est extrêmement mal comprise, mal rédigée, elle est d'ailleurs restée totalement inutilisée en pratique même par les hôteliers de Nice sur l'instance desquels le projet avait été voté. Remarquons encore combien elle est dépourvue d'utilité, car le créancier préfère étendre ses garanties plutôt que de les limiter et par suite utilise, beaucoup plus volontiers, la loi de 1909 en prenant un nantissement sur tout le fonds de commerce, plutôt que la loi de 1913 qui limite son privilège sur le prix de réalisation du matériel hôtelier.

B. **Conflit du gagiste avec le bailleur de l'immeuble.**

167. Ce conflit s'élèvera lors de la réalisation du matériel abrité dans l'immeuble loué.

En effet, en vertu de l'article 2.102 du Code civil le bailleur a privilège pour le paiement de ses loyers sur tout ce qui garnit la maison louée, savoir pour tout ce qui est échu et tout ce qui est à échoir si le bail est authentique ou à date certaine étant sous seing privé, sauf application des articles 450 et 550 du Code de commerce (loi du 12 février 1872) si le locataire est tombé en faillite, auquel cas le privilège est limité à la garantie du paiement de deux années arriérées, de l'année en cours au moment de la faillite et d'une année à venir.

Le bailleur est censé être en possession, en qualité de créancier gagiste, de tout ce qui garnit les locaux qui ont fait l'objet de son bail ; on dit quelquefois que le bailleur possède

par l'intermédiaire de son immeuble afin d'expliquer que son droit de gage ne porte que sur les choses introduites dans l'immeuble, mais porte sur toutes ces choses, qu'elles soient ou non la propriété du débiteur qui les y a introduites ; tout se passe comme si l'immeuble avait une véritable personnalité susceptible de détenir et posséder les choses qu'on abrite sous son toit.

Supposons donc que lorsque le propriétaire d'un fonds de commerce loue un immeuble et le garnit de matériel, le fonds soit donné en gage ; le nantissement s'étendant au matériel du fonds, le nouveau gagiste sera-t-il préféré au bailleur sur le prix de réalisation du dit matériel ?

168. Non ; appliquons en effet les principes que nous venons d'exposer, le privilège du bailleur de bonne foi porte sur toutes les choses introduites dans l'immeuble que celles-ci soient ou non la propriété du locataire (troisième aliéna du 4e paragraphe de l'article 2.102) ; par suite, le privilège du bailleur porte sur tout le matériel du fonds, et doit être préféré au créancier nanti, comme lui serait préféré un créancier gagiste véritablement saisi du matériel du fonds ; encore une fois le bailleur possède en qualité de gagiste par l'intermédiaire de son local, il bénéficie donc de tous les privilèges du gagiste et peut invoquer, vis-à-vis du créancier nanti du fonds les dispositions de l'article 2.279, s'il est bien de bonne foi.

Donc, malgré l'antériorité de date du privilège du créancier nanti, le privilège du bailleur lui sera préféré, cette solution n'est que l'application stricte des principes établis en matière de gage.

169. Mais supposons maintenant que le fonds ait été donné en nantissement postérieurement à la conclusion du bail. Quel privilège sera préféré à l'autre ? Il ne nous semble pas douteux que cette fois encore le bailleur doive être préféré au créancier gagiste.

En effet, malgré la réalisation du nantissement du fonds, le bailleur continue à détenir, à posséder le matériel par l'intermédiaire de l'immeuble, aucun changement n'est intervenu dans sa situation ; on ne l'a nullement dessaisi, pas plus d'ailleurs qu'on aurait dessaisi un créancier détenant réellement le matériel du fonds si, postérieurement à son gage, on avait donné en nantissement le fonds avec tous ses éléments corporels ; or, dans cette hypothèse, nous n'avons nullement hésité

à reconnaître que le créancier gagiste régulièrement saisi devait être préféré au créancier nanti, nous devons conclure de même en notre espèce actuelle où l'immeuble conserve la détention du matériel du fonds.

170. D'ailleurs, en dehors de son privilège qui dérive du gage, le bailleur possède encore un autre privilège sur le fonds, c'est le privilège du conservateur de la chose.

En effet, comme le font remarquer parfaitement MM. Bontaud et Chabrol (ouvrage cité n° 378), que serait un fonds de commerce sans les locaux nécessaires à son exploitation ? En accordant la jouissance de l'immeuble, le propriétaire conserve le fonds, il l'entretient, il maintient sa valeur au gage du créancier nanti et, à ce titre, doit lui être préféré lors de la réalisation du dit gage, puisqu'il possède alors un privilège acordé par le paragraphe 3 de l'article 2.102 du Code pénal, privilège que nous avons étudié précédemment.

En application de l'article 2.102, paragraphe 3, le bailleur sera donc préféré au créancier sur le prix des réalisations, non plus seulement du matériel abrité dans l'immeuble, mais sur le prix du fonds de commerce tout entier pour le paiement de tous les loyers échus depuis la constitution du gage du fonds de commerce jusqu'à l'instant de la réalisation de celui-ci. Mais remarquons le immédiatement, le bailleur aura malgré tout intérêt à invoquer son privilège de l'article 2.102, paragraphe I. en garantie du paiement des loyers échus antérieurement au gage et des loyers à échoir à partir de la date de réalisation du fonds, dans cette double circonstance notre solution conserve tout son intérêt (1).

171. Telle est donc notre opinion en la matière, avouons d'ailleurs qu'elle n'est nullemnt suivie par la doctrine et la jurisprudence ; suivant la doctrine et la jurisprudence, le privilège du bailleur l'emporte sur le privilège du créancier nanti s'il a date certaine avant l'inscription en nantissement ; dans le cas contraire, le privilège du créancier nanti doit lui être préféré (Percerou, ouvrage cité page 244. — Moutier et Faucon, n°s 371 et 372. — Baudry, I, n° 67. — Montpellier, 22 juillet 1912, S. 1913. 2. 83. Note Wahl).

---

(1) Cette solution serait de même adoptée si, au lieu d'un gage sans détention, c'était une hypothèque qui était consentie sur le fonds.

Les auteurs et la jurisprudence ne semblent pas admettre que le bailleur puisse invoquer le privilège du conservateur de la chose et que, maintenant le propriétaire du fonds en possession des locaux loués, il fasse l'affaire du créancier gagiste en conservant son gage. Ils n'envisagent donc que son privilège basé sur l'idée de nantissement et assimilent absolument son droit à celui du créancier nanti ; ils admettent alors que le propriétaire du fonds détenant le matériel au nom du bailleur et du créancier nanti doit être considéré comme un tiers détenteur du même gage consenti à plusieurs personnes, ce qui, par suite, exige l'application de la solution adoptée en pareille matière, solution qui consiste à admettre que le créancier le plus ancien en date est préféré à l'autre ; en effet, poursuivent-ils, lorsque naît le privilège de ce dernier, l'objet est déjà grevé d'un privilège qui ne disparaît pas, privilège qui diminue la valeur de la chose et qui s'imposant au propriétaire, s'impose par suite à toutes les personnes qui tiennent de lui un droit ; le propriétaire ne peut accorder aux tiers que les droits qui lui appartiennent, le créancier nanti doit donc être préféré au bailleur sur le prix du nantissement du fonds si son privilège a été régulièrement inscrit antérieurement à la conclusion du gage (Wahl, note précitée).

Bien entendu, nous ne pouvons nullement admettre cette théorie, qui nous semble d'ailleurs contredite par les textes. Le propriétaire ne peut confier au tiers plus de droits que ceux qui lui appartiennent à lui-même, prétend-on ; mais, cependant, n'admet-on pas que le privilège du bailleur puisse porter sur tous les objets introduits dans l'immeuble, que ceux-ci soient ou non propriété du locataire ? D'autre part, peut-on comparer le privilège du bailleur au privilège du créancier nanti, le gage réel du bailleur par l'intermédiaire de l'immeuble au droit spécial du créancier gagiste auquel la détention du fonds n'a pas été transférée ? Encore une fois, il faut assimiler complètement le conflit entre bailleur et créancier nanti au conflit entre celui-ci et le créancier gagiste régulièrement saisi ; de même que le créancier qui détient réellement l'objet du gage, le bailleur peut invoquer le bénéfice de l'article 2.279 et repousser victorieusement les attaques du créancier antérieurement nanti.

172. La solution de la jurisprudence est d'ailleurs fort peu pratique, ainsi que le font parfaitement remarquer MM. Bou-

taud et Chabrol. Car « pour peu que la somme empruntée par le commerçant eût quelque importance, celui-ci sera fatalement obligé de cesser son commerce lorsque le bail arrivera à expiration, faute par lui de trouver des locaux ; l'ancien bailleur se refusant à renouveler le bail s'il n'a plus qu'une garantie de deuxième ordre pour le paiement de ses loyers et nul propriétaire ne pouvant songer à louer ses locaux dans de telles conditions ». Et MM. Boutaud et Chabrol de conclure que, dans tous les cas, le bailleur devra être préféré au créancier gagiste ; « certes, poursuivent-ils, le bailleur ne pourra jamais invoquer le privilège de l'article 2.102, paragraphe 1, si son bail est postérieur au nantissement du fonds, car, par suite de la publication du gage, il ne pourra jamais être admis que le bailleur pouvait être de bonne foi ; mais en consentant à conclure le bail il a conservé le gage du créancier inscrit et, par suite, doit lui être préféré lors de la réalisation de ce gage ».

Sur ce dernier point, nous devons nous écarter de la théorie de M. Boutraud et Chabrol. Déjà, quand il s'agissait du gage pur et simple, nous avons repoussé cette affirmation, que nous ne pouvons pas plus admettre en notre espèce actuelle ; en concluant son bail, le bailleur ne songe nullement à consulter le registre, en fait il ignore le droit du créancier gagiste, il est donc de bonne foi.

173. Le nouveau projet Cordelet règle spécialement le conflit entre créancier gagiste et bailleur dans son article 41, et il adopte malheureusement les conclusions de la jurisprudence, en théorie tout au moins : « Le privilège du bailleur l'emporte si le bail a acquis date certaine avant l'inscription du privilège du vendeur ou du créancier nanti »; mais se rendant compte des inconvénients de ce système pour le cas où le bail serait conclu après le nantissement, il proclame cependant que « si le bail est postérieur en date, le bailleur n'a privilège avant les créanciers nantis que pour six mois de loyers échus, six mois de loyers en cours et six mois à échoir, à partir de l'expiration du semestre courant », revenant ainsi en fait à notre solution. Nous regrettons que le législateur désire ainsi compliquer le problème en édictant, somme toute, une nouvelle exception à l'article 2.102 du Code civil, alors qu'il aurait

parfaitement suffi d'étendre purement et simplement, au cas de réalisation du gage, les restrictions de la loi du 12 février 1872.

C. Conflit avec le voiturier et le capitaine de navire.

174. L'article 2.102, paragraphe 6, déclare privilégiées les créances de frais de voiture et les dépenses accessoires, sur la chose voiturée. Ce privilège a pour fondement une constitution tacite de gage au profit du voiturier sur la chose transportée, celui-ci ne conserve donc son privilège qu'autant qu'il est resté nanti de la chose. Le conflit pourra donc s'élever entre voiturier et créancier gagiste quand le matériel, le mobilier transportés seront compris dans le fonds donné en nantissement. Nous appliquerons bien entendu à ce conflit les solutions que nous avons données en matière de gage pur et simple, tant que le voiturier restera en possession des choses voiturées, il sera préféré au créancier nanti, en application de l'article 2.279 du Code civil. Ajoutons même que, en vertu de l'article 307 du Code de commerce, le capitaine de navire sera encore préféré au créancier nanti pendant une quinzaine de jours après la délivrance du matériel transporté, tout au moins si le gage est antérieur à la remise de ce matériel entre les mains du propriétaire du fonds ; si le gage, au contraire, avait été consenti et publié dans la quinzaine suivant la délivrance, le créancier gagiste pourrait lui-même invoquer le bénéfice de l'article 2.279 et serait alors préféré au capitaine du navire, le matériel étant alors censé être passé en mains tierces, ainsi qu'il est prévu par l'article 307 (1).

D. Conflit avec le réparateur du matériel.

175. Le réparateur de matériel est un conservateur du fonds toutes les fois donc que sa créance sera née postérieurement au nantissement du fonds dont il aura ainsi conservé la valeur, il sera préféré au créancier gagiste non seulement sur le prix de réalisation du matériel, mais encore sur le prix de réalisa-

(1) Bien entendu, cette dernière solution ne peut être acceptée si on considère la forme adoptée par la loi de 1909 comme une hypothèque mobilière.

tion des autres éléments du fonds. Nous en revenons ici à l'hypothèse que nous avons déjà envisagée plus haut.

E. Conflit du gagiste avec le vendeur du matériel.

176. En pratique, ce conflit s'élévera rarement si l'initiative de la réalisation provient du créancier nanti. En effet, cette réalisation ne s'opère le plus souvent qu'après que le propriétaire du fonds a cessé ses paiements, a été déclaré en faillite ; or, à cette époque, privilège du vendeur et action en revendication tombent d'eux-mêmes en application de l'article 550 du Code de commerce.

Supposons donc que la réalisation ait lieu antérieurement à la déclaration de faillite et que le fonds ait été donné en nantissement postérieurement à la vente du matériel.

177. Nous savons que le créancier nanti, bien que non saisi effectivement de son gage, est cependant titulaire du droit de possession du fonds. Or, ce privilège du vendeur ne subsiste sur le matériel qu'autant que ce matériel est resté en possession de l'acheteur. Nous devons donc immédiatement conclure de ces deux observations, que le vendeur ne pourra jamais opposer son privilège au créancier gagiste pas plus qu'il ne pourrait l'opposer au bailleur de l'immeuble, ainsi que le prévoit strictement l'article 2.102, paragraphe 4 (1). Cette solution est adoptée par la majeure partie des auteurs et, ainsi que le font remarquer fort justement MM. Boutoud et Chabrol, cette solution ne s'explique que par application des dispositions de l'article 2.279 du Code civil et ne peut être admise que si le créancier gagiste ignorait la présence du privilège sur les meubles. Mais le vendeur pourrait-il, faute de privilège, intenter son action résolutoire ? Non, le créancier gagiste en possession du fonds repousserait l'action résolutoire, comme il repousse l'exercice du privilège, le vendeur ne peut revendiquer contre un tiers acquéreur, ni contre un créancier gagiste de bonne foi en vertu des dispositions formelles de l'article 2.279.

Or, ces deux solutions sont extrêmement défavorables au vendeur et regrettables au point de vue économique car, remar-

---

(1) Une solution contraire serait adoptée si on enseignait que la forme de la loi de 1909 est une hypothèque mobilière.

quons-le bien, dans l'état actuel de notre législation, le vendeur ne peut nullement éviter les conséquences fâcheuses des principes que nous venons de signaler, même s'il employait, pour réaliser le but économique de la vente, une autre forme technique que la forme adoptée par notre Code ; si, par exemple, il voulait subordonner le transfert de la propriété de sa chose au paiement du prix de celle-ci en employant la forme de la vente romaine, le contrat consentuel de vente qu'il masque si souvent sous le nom plus connu de « location vente ». Dans cette hypothèse, en effet, comme dans celle où la propriété de la chose est transférée par le seul échange des consentements, le créancier gagiste pourrait repousser victorieusement l'action en revendication du vendeur, en lui opposant l'article 2.279 du Code civil lorsqu'il est de bonne foi. Encore une fois, cet état de chose est extrêmement regrettable, il gêne considérablement la conclusion des ventes de matériel à crédit et peut entraver fâcheusement la rénovation de notre matériel industriel et commercial.

178. Avec raison, le législateur de 1917 (1) s'est ému de la question et a prévu la création d'un registre spécial tenu au greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est situé, registre qui recevra inscription du privilège du vendeur de matériel et le rendra opposable aux créanciers nantis qui, dans l'obligation de le consulter, ne pourront plus désormais invoquer leur bonne foi.

Nous ne pouvons qu'approuver le projet du législateur dont nous souhaitons la réalisation prochaine tout en regrettant cependant qu'on ait prévu encore la création d'un nouveau registre pour recueillir ces renseignements. Encore une fois, un registre unique analogue au registre foncier, devrait centraliser tous les renseignements qui concernent le fonds, devrait mentionner transferts, privilèges et warrants, rendant ainsi

---

(1) Articles 42 et 43 du nouveau projet Cordelet qui étendent en France les solutions adoptées par le législateur italien (Code de commerce, art. 773), et la loi belge du 16 décembre 1851.

Le législateur français, en se réglant sur les usages du commerce, fixe à cinq ans la durée du privilège du vendeur de matériel avec ce tempérament qu'en cas de saisie des machines ou faillite du débiteur survenue dans ce délai, le privilège continuera à subsister jusqu'à la distribution du prix de vente.

faciles, rapides et sûres les recherches qui doivent être poursuivies.

179. Mais si, par suite de la publicité de la vente du matériel à crédit, le créancier gagiste ne peut plus opposer sa bonne foi à l'exercice du privilège du vendeur, il ne pourra pas plus repousser son action en revendication et, l'exercice de celle-ci sera susceptible de paralyser entièrement l'exploitation du fonds. Le législateur a prévu et résolu judicieusement le problème en étendant à cette hypothèse les solutions qu'il avait adoptées pour garantir le créancier gagiste de la résiliation du bail ou de la vente du fonds. La résolution de la vente du matériel non payé ne pourrait s'effectuer, de même que la résiliation du bail, qu'après notification au créancier gagiste de l'intention d'en intenter l'action, un délai serait alors laissé au créancier pour prendre parti : autoriser la résiliation ou acquitter la dette, et après l'expiration de ce délai seulement, la dite résolution pourrait être prononcée.

Encore une fois, nous ne pouvons que souhaiter l'introduction prochaine de ces différentes dispositions dans notre système législatif où leur absence est profondément regrettable en pratique.

180. Mais nous n'avons étudié jusqu'à présent que le conflit qui pouvait se produire entre vendeur et gagiste quand le gage était postérieur à la vente ; qu'adviendrait-il, au contraire, dans l'hypothèse adverse ? Si nous nous en tenions au privilège de l'article 2.102, paragraphe 4, il est certain que nous devrions accepter en l'espèce la solution que nous donnions antérieurement dans l'hypothèse où le nantissement est postérieur à la vente ; en effet, dès son introduction dans le fonds, le matériel passe en la possession du créancier gagiste qui, le possédant alors de bonne foi, peut repousser valablement le privilège du vendeur. Mais très souvent la livraison par le vendeur du matériel nouveau aura eu pour effet de maintenir, de conserver la valeur du fonds et, par suite, cette créance sera donc privilégiée en application du paragraphe 3 de l'article 2.102 ; pour son recouvrement, le vendeur aura privilège, non seulement sur le prix de réalisation du matériel, mais sur le prix de réalisation de tous les éléments du fonds, sur le prix de réalisation du gage qu'il aura heureusement conservé.

D'autre part, pour plus de sûreté, le vendeur pourra toujours se conserver vis-à-vis du créancier nanti antérieurement

à la vente, le bénéfice du privilège établi par l'article 2.102, paragraphe 4, en lui signifiant antérieurement à la livraison du matériel l'existence de son privilège ou de son droit de propriété sur celui-ci et en lui interdisant ainsi de bénéficier désormais d'une possession de bonne foi qui aurait légitimé la priorité de son droit.

Nous en avons ainsi fini avec l'étude des conflits qui peuvent s'élever entre le gagiste et les titulaires de privilèges sur le fonds il nous reste à étudier les conflits qui peuvent se produire entre le gagiste et le propriétaire d'un élément rentrant dans la composition du fonds, puis entre gagiste et créancier hypothécaire de l'immeuble et du matériel immobilisé par destination.

2. Conflit du créancier gagiste avec le propriétaire d'un élément du fonds.

181. Le conflit peut s'élever avec le propriétaire d'un élément corporel ou avec le propriétaire d'un élément incorporel. Dans cette dernière hypothèse, aucune difficulté, le propriétaire pourra toujours revendiquer son bien, car, en effet, l'article 2.279 ne lui sera jamais opposable.

Il n'en sera plus de même en ce qui concerne le propriétaire d'un meuble corporel.

Rappelons, en effet, que le créancier gagiste est titulaire du droit de possession du fonds bien que par ailleurs il ne soit pas détenteur de celui-ci. D'autre part, son droit de possession porte sur l'outillage, le matériel, le mobilier et non pas sur tel meuble, telle machine, tel outil ; il en résulte que dès qu'un de ces objets, qu'il soit ou non la propriété du propriétaire du fonds, rentre parmi l'outillage ou le matériel de celui-ci, le créancier gagiste en devient immédiatement possesseur, ce qui lui permet, s'il est de bonne foi, de repousser avec succès la revendication du véritable propriétaire en lui opposant l'article 2.279 du Code civil. Bref, quand un conflit se produira entre le propriétaire d'un élément corporel du fonds et le créancier gagiste, le créancier gagiste sera toujours préféré au véritable propriétaire. Il en sera ainsi, par exemple, quand un

(1) Une solution contraire serait adoptée si on considérait ce droit du créancier nanti comme une hypothèque mobilière.

vendeur se sera maintenu la propriété de la chose jusqu'au paiement du prix et voudra, faute pour son ayant cause d'exécuter ses obligations, revendiquer le matériel vendu. La jurisprudence est bien en ce sens (Paris, 17 janvier 1911, *Journal des Faillites*, 1911, page 405. — Lyon, 8 octobre 1909, *Journal des Faillites*, page 437), et le législateur conscient des inconvénients que pouvait présenter un tel état de chose propose les mêmes solutions en cette matière qu'en ce qui concerne la conservation du privilège du vendeur, c'est-à-dire notification du droit de propriété aux créanciers inscrits antérieurement à l'introduction du matériel dans le fonds, publicité de la non propriété de l'exploitant du fonds de commerce par inscription sur un registre spécial, opposable aux créanciers postérieurement nantis. Mais actuellement, faute de l'inexistence d'un tel registre de publicité, il est pour ainsi dire impossible au propriétaire du matériel de signifier aux créanciers nantis le maintien de sa propriété sur tout ou partie de cet élément du fonds, tout au moins quand le nantissement est postérieur à l'affectation du matériel, à l'exploitation du fonds ; aussi, dans presque tous les cas, le créancier nanti poura-t-il repousser victorieusement la demande en distraction.

182. Cette solution devrait être adoptée en cas de location pure et simple de matériel comme en cas de location-vente (en ce sens, Paris, 17 janvier 1911, *Gazette du Palais*, 1911, 1.300. — Paris, 3 mai 1911, 24 mars 1912, arrêts rapportés dans les documents parlementaires de 1914. — Projet Cordelet sous le nouvel article 40) et ici encore, le législateur prévoit l'existence d'un registre spécial susceptible de publier le droit de propriété du bailleur faute par lui de pouvoir signifier celui-ci aux créanciers nantis postérieurement à la conclusion de son contrat.

183. Même solution s'imposera encore si le fonds tout entier ayant été donné en location, le locataire du fonds acquiert un matériel nouveau, qu'il affecte à l'exploitation du fonds donné en nantissement ; même solution encore si ce matériel est apporté par un tiers acquéreur après aliénation

---

(1) Voir encore en ce sens trois arrêts de la Cour de Paris, 3 mai 1911, 24 mars 1912, 17 janvier 1911, rapportés par M. Cordelet dans son rapport rapporté dans les D. P. S. 1914, n° 336.

du fonds par le débiteur de la dette. Dans tous les cas, le créancier doté du droit à la possession de l'outillage, quel que soit le développement dont celui-ci a profité depuis le nantissement du fonds, peut opposer à bon droit sa bonne foi au véritable propriétaire et bénéficier ainsi des dispositions de l'article 2.279 qui lui permet de repousser toute action en revendication.

3. **Conflit entre gagiste et créancier hypothécaire.**

184. Ainsi que nous l'avons déjà observé, la jurisprudence n'admet pas, à tort, que l'on puisse comprendre dans le nantissement du fonds, le matériel immobilisé par destination ; nous avons rejeté ce système avec la majorité des auteurs et les observations que nous avons faites alors vont nous permettre de solutionner rapidement le problème qui semble se poser ici. Nous savons que lorsque un meuble immobilisé par destination est enlevé à l'exploitation de l'immeuble, dont il était l'accessoire pour être donné en gage à un créancier quelconque qui en devient réellement détenteur, ce meuble perd son caractère d'immeuble et par suite l'hypothèque, qui ne le touchait qu'à ce titre, tombe d'elle-même et ne peut nullement venir en concurrence avec le privilège du créancier gagiste.

Or, lorsqu'un fonds est affecté à la sûreté d'une créance, sa possession passe au créancier gagiste, et le propriétaire exploitant ne détient plus le fonds par lui-même, ne l'exploite plus pour assurer le service de son immeuble, mais le détient au nom et pour le compte de son propre créancier gagiste qui lui laisse simplement la détention précaire. Il en résulte, dès lors, que les conditions de l'immobilisation par destination du matériel disparaissent aussi bien que si le fonds avait été régulièrement cédé au créancier nanti, le matériel reprend son caractère mobilier, le droit du créancier hypothécaire s'efface *ipso facto* et, par suite, nul conflit ne peut théoriquement s'élever entre celui-ci et le titulaire du nantissement sur le fonds (1).

(1) Dans l'hypothèse de l'hypothèque mobilière, faute de transfert de possession, le problème peut au contraire se poser et, dans ce cas, la préférence ne peut être donnée qu'à celui des deux créanciers qui le premier a fait inscrire son hypothèque sur le registre foncier ou le registre du tribunal de commerce.

185. Cette solution n'est pas la solution donnée par le législateur en matière du warant hôtelier (art. 2, § 7, loi du 17 mars 1915, ce nest pas plus celle du nouveau projet Cordelet (art. 41), l'un et l'autre texte admettent, en effet, que dans un tel conflit, le prix du matériel sera distribué entre les créanciers d'après la date respective de leurs inscriptions.

Cette solution nous semble illogique et inacceptable ; en effet, ou bien l'hypothèque subsiste sur le matériel du fonds et c'est dire que celui-ci demeure immeuble par destination, ce qui semble en interdire le gage ; ou bien le gage du matériel est toujours possible ; le gage rendant à celui-ci son caractère mobilier et alors l'hypothèque tombe, car l'hypothèque ne peut grever les meubles. D'ailleurs, alors même que l'on admettrait que l'hypothèque puisse subsister après le nantissement du fonds, dans l'état actuel de notre législation, le créancier nanti devrait être préféré au créancier hypothécaire en vertu de son droit de possession actuel sur le fonds, possession de bonne foi malgré la publication de l'hypothèque comme est de bonne foi la possession du gagiste réellement saisi lorsque le matériel est isolément nanti.

Nous en avons ainsi terminé avec la question des conflits qui clôture notre étude du droit de préférence ; avant de quitter notre titre des « Effets du nantissement », il nous reste à étudier en détail la technique de l'inscription du privilège du gagiste, c'est ce qui doit faire l'objet de notre troisième chapitre.

CHAPITRE III

Mode. — Portée. — Durée des inscriptions du gage du fonds de commerce.

186. Nous savons que l'inscription du nantissement du fonds est non seulement une condition de publicité, mais une condition de validité du contrat, « le privilège résultant du contrat s'établit par le seul fait de l'inscription..., l'inscription doit, à peine de nullité du nantissement, être prise dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif... » (articles 10 et 11 de la loi du 17 mars 1905) : la question de l'inscription possède donc en cette matière, une importance particulière et nécessite une étude attentive que nous diviserons en quatre sections, examinant tout d'abord la technique de l'inscription, puis la portée de l'inscription quant aux accessoires de la créance, nous étudierons ensuite la question du renouvellement et de portée de l'inscription quant aux accessoires de la créance ; quelques mots des frais que nécessite l'inscription.

I. Technique de l'inscription.

1° Lieu d'inscription. 2° Délai d'inscription. 3° Procédure d'inscription. 4° Sanction de l'inobservation des formalités. 5° Procédure spéciale en ce qui concerne les brevets, marques, dessins et modèles.

1°. Lieu de l'inscription.

187. Aux termes de l'article 10 de la loi du 17 mars 1909, l'inscription doit être faite sur un registre public tenu au greffe du Tribunal de commerce de la situation du fonds. Si le fonds a des succursales et si ces succursales sont comprises dans le gage, l'inscription sera faite en outre sur le registre tenu au greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel s'exploite chaque succursale, enfin si le gage porte d'autre part sur des dessins, modèles, marques et brevets rentrant dans la composition du fonds, inscription spéciale sera faite à l'Office de la propriété industrielle, à Paris (art. 24, § 3).

Ajoutons d'ailleurs que si le fonds de commerce se déplace, le créancier gagiste devra, dans la quinzaine de l'avis de déplacement notifié par le propriétaire du fonds, ou dans la quinzaine du jour où il aura eu connaissance du déplacement, faire mentionner en marge de l'inscription existante, le nouveau siège du fonds, et si le fonds a été transféré dans le ressort d'un autre Tribunal de commerce, faire reporter à sa date l'inscription primitive avec indication du nouveau siège sur le registre tenu au greffe du Tribunal de la nouvelle situation du fonds (art. 13).

188. Aussi la présence d'un gage doit toujours pouvoir être constatée par la consultation du registre tenu au greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité. Mais que décider quand il s'agit d'un fonds de commerce ambulant, quand il s'agit par exemple d'une exploitation de manège forain qui se déplace sans arrêt et ne se fixe que pour quelques semaines dans le ressort d'un Tribunal de commerce? Sur quel registre peut-on inscrire le gage consenti sur ce fonds? Le législateur de 1909 n'a pas prévu la question et, bien entendu, la pratique s'est montrée fort embarrassée en l'espèce.

Le nouveau projet Cordelet règle sérieusement ce problème et applique judicieusement le principe de l'inscription à ces fonds vagabonds.

Pour déterminer le lieu de l'inscription, il s'attache non pas à la situation du fonds, ce qui est impossible, mais au domicile du propriétaire du fonds qui supporte le privilège. Ce domicile est en effet porté à la connaissance des tiers par une déclaration du forain, à la préfecture ou à la sous-préfecture dans le ressort de laquelle se trouve le dit domicile (loi du 16 juillet 1912). L'effet de cette déclaration subsiste tant qu'une autre ne l'a pas modifiée ; elle doit d'ailleurs faire connaître le lieu où une déclaration précédente aurait été reçue et ne produit d'effets qu'à partir du jour où elle a été mentionnée en marge de celle-ci. En cas de gage du fonds de commerce sans situation fixe, l'inscription du privilège sera donc effectuée sur le registre du greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel le forain a son domicile ou sa résidence fixe d'après la déclaration qu'il a faite conformément à l'article 1 de la loi du 16 juillet 1912 précitée, et dont il sera fait mention dans l'acte du nantissement.

Encore une fois, cette solution est très heureuse, il serait extrêmement désirable qu'elle rentre prochainement dans les cadres de notre législation positive, afin de permettre enfin le gage des fonds des marchands ambulants qui ne peuvent pratiquement aujourd'hui bénéficier des avantages de la loi de 1909 (1).

2°. Délai d'inscription.

189. Sous peine de nullité, le créancier gagiste doit prendre inscription dans la quinzaine de la constitution du gage ; il doit de même faire reporter, dans la quinzaine du jour où il en a reçu notification, son inscription sur le registre de la nouvelle situation du fonds en cas de déplacement de celui-ci.

Nous connaissons les raisons de ces très courts délais, le législateur n'a pas voulu, obéissant en cela aux justes observations de la pratique, que le créancier nanti puisse laisser frauduleusement une apparence de solvabilité à son débiteur et attendre la veille de la réalisation de son gage pour dévoiler son privilège, causant ainsi un grave préjudice aux autres créanciers du propriétaire du fonds qui, se fiant au crédit fictif de leur débiteur, ont consenti des avances qu'ils n'auraient jamais faites s'ils avaient eu connaissance du gage de son fonds ; quoique l'article 10 de la loi de 1909 ne reproduise pas les mentions de l'article 4 de la même loi, nous estimons que ce délai de quinzaine sera porté à un mois s'il s'agit d'inscrire un privilège consenti sur un fonds situé en Algérie ou en Corse et sera porté à trois mois si le fonds est situé dans les colonies.

190. Les délais légaux indiqués par les mots huitaine, quinzaine, etc., se comptent du jour qui sert de point de départ au jour correspondant portant le même nom de la semaine suivante ou subséquente (Lyon, 17 juillet 1834, D 35.2.85), car, le *dies a quo* n'est pas compté dans le calcul (Cassation, 19 juin 1890. S. 90.1.493. Cassation 2 mai 1895. S. 95.1.383), tandis que le *dies ad quem* y est compris. Par suite, si un nantissement est conclu un mardi, l'insertion devra paraître au plus

(1) Le tribunal de commerce de la Seine semble cependant admettre par avance cette pratique (Rapport Cordelet, n° 336, année 1914. Tableau statistique *in fine*.)

tard le mardi de la quinzaine suivante, le délai expirant en fait à l'heure réglementaire où les bureaux du greffe du Tribunal de commerce sont fermés. Si le dernier jour du délai de quinzaine est un dimanche ou un jour férié, l'inscription devra être prise le samedi soir au plus tard, car la loi du 13 avril 1895, qui a modifié l'article 1.033 du Code de procédure est spéciale aux délais de procédure et ne s'applique nullement aux délais établis par le droit civil ou le droit commercial (Cassation, 26 et 28 novembre 1906. D. 1907.1.180). Avec raison, le nouveau projet Cordelet propose de modifier cet état de choses et d'étendre le bénéfice de l'article 1.033 du Code de procédure à l'inscription du gage du fonds de commerce. (Article 55 du nouveau projet.)

3 . **Procédure d'inscription.**

191. Cette procédure est réglée par les articles 24 et suivants de la loi de 1909 et le décret d'administration publique du 28 août (articles 1 à 7). Le législateur de 1898, qui avait établi le principe de l'inscription du gage, avait complètement omis de régler la procédure et le mode de celle-ci ; le législateur de 1909 répara cet oubli et réglementa cette matière en s'inspirant fortement, ainsi que nous allons pouvoir le constater, des règles adoptées en matière hypothécaire.

Le créancier gagiste, pour inscrire son privilège, présente soit par lui-même, soit par un tiers (fut-il mineur ou simple gérant d'affaire) au greffier du Tribunal de commerce, l'un des originaux de l'acte de nantissement du fonds s'il est sous seing privé, ou une expédition, s'il existe en minute. Il y joint en outre deux bordereaux écrits sur papier libre dont l'un pourra être porté sur l'original ou sur l'expédition du titre.

192. Ces différentes pièces sont enregistrées sur un registre à souche, par le greffier, qui en délivre immédiatement recépissé mentionnant le numéro d'entrée des pièces, la date du dépôt, le nombre, la nature des pièces, l'indication du but dans lequel le dépôt a été fait, le nom des parties, la nature et le siège du fonds. Chaque récépissé est daté, signé par le greffier, auquel il est rendu contre remise de l'expédition du titre ou de l'un des bordereaux au pied duquel le dit greffier aura certifié avoir fait l'inscription.

193. L'acte sous seing privé de nantissement présenté par le créancier gagiste, reste conservé au greffe du Tribunal de

commerce ; ceci nous explique donc que son dépôt soit constaté sur un registre spécial divisé en deux colonnes, dont la première contient le numéro d'ordre du registre et la deuxième, le procès-verbal du dépôt contenant la date à laquelle il a été fait mention de la date et du coût de l'enregistrement de l'acte, son numéro d'entrée sur le registre à souche, sa nature, l'indication du créancier et du débiteur, la nature et l'adresse du fonds ; le greffier signe chaque procès-verbal de dépôt et répertorie immédiatement son inscription en la notant sur une table alphabétique des noms des débiteurs.

194. Le greffier inscrit ensuite le privilège du créancier nanti sur un registre spécial distinct du registre qui mentionne le privilège du vendeur. Ce registre est divisé en cinq colonnes destinées à recevoir : 1° Un numéro d'ordre ; 2° Le numéro d'entrée apposé sur le bordereau d'après son inscription sur le registre à souche ; 3° Mention des indemnités, subrogations et changement du siège du fonds ; 4° Copie littérale du bordereau d'inscription, lequel ne doit contenir que les indications prévues à l'article 24 de la loi de 1909, sans description, même sommaire, des divers éléments compris dans le gage du fonds ; 5° Mention des radiations totales et partielles.

Ce registre, comme le registre de dépôt des actes de nantissement sous seing privé, et comme le registre de réception, est signé sur premier et dernier feuillet, coté et paraphé sur tous les feuillets par le président du Tribunal de commerce et arrêté chaque jour par le greffier. Les inscriptions y sont faites à la suite les unes des autres sans aucun blanc ni interlignes. Il est complété par un répertoire alphabétique des noms des débiteurs propriétaires du fonds grevé avec l'indication des numéros des inscriptions qui les concernent.

Aussi, la publicité des nantissements sur le fonds est une publicité personnelle, quand un tiers veut se renseigner sur les privilèges qui existent sur un fonds, il doit demander au greffier quelles inscriptions ont été prises sur tel et tel propriétaire, le greffier n'est tenu de délivrer à celui qui le requiert l'état des inscriptions existant sur un fonds, avec mention d'antériorité, radiations, subrogations partielles ou totales, que si on lui indique le nom du propriétaire actuel et des anciens propriétaires ; autant dire qu'il sera pour ainsi dire impossible au tiers de savoir si un fonds est réellement exempt d'inscriptions, puisqu'il ne connaît pas le plus souvent le nom des

différents propriétaires qui se sont succédé à la tête de son exploitation, sinon depuis sa création, tout au moins depuis la dernière adjudication valant purge. Ce système de publicité est certainement fâcheux, surtout à l'époque actuelle, où l'on constate sur certains fonds, de multiples cessions au cours de chaque année. (Il n'est pas rare, en effet, qu'un fonds de débitant change actuellement, dans l'espace d'une année, deux ou trois fois de maître) ; il semble qu'il faudrait ajouter une sorte de publicité réelle à la publicité personnelle, c'est-à-dire créer pour chaque fonds un casier spécial dans lequel se trouveraient consignés tous les événements juridiques qui ont eu le fonds pour objet : mutations, baux, constitutions de privilèges, etc. ; dans chaque ressort des Tribunaux de commerce, les fiches représentant le fonds seraient classées par catégorie de professions et dans chaque catégorie, par situation, le propriétaire étant alors tenu d'aviser de chaque déplacement, le fonctionnaire chargé de la tenue des fiches et du classement de celles-ci. S'il en était ainsi, il suffirait au tiers intéressé de demander un duplicatum de la fiche du fonds pour être immédiatement renseigné sur l'évolution de celui-ci, sur les droits réels qui le grèvent, non seulement du chef de son propriétaire actuel, mais de tous les propriétaires qui l'ont possédé dans le temps, et ainsi se réaliserait sûrement et efficacement la publicité des droits consentis sur le fonds, publicité que l'organisation actuelle des registres d'inscription ne réalise que fort imparfaitement.

195. Mais, dans notre droit actuel, quelles sont les mentions que doivent contenir les bordereaux d'inscription prévues par l'article 24 de la loi de 1909 ?

Le dit article 24 les énumère lui-même ; les bordereaux contiennent :

1° Les noms, prénoms, profession, domicile du créancier gagiste (1), du débiteur et du propriétaire du fonds si celui-ci est un tiers ;

2° La date et la nature du titre ;

3° Le montant de la créance exprimée dans le titre, les conditions relatives aux intérêts et à l'exigibilité ;

---

(1) Si le gage est consenti au profit du porteur d'une créance représentée par un titre au porteur, il suffit d'indiquer les numéros des titres (Cassation, 20 octobre 1897, D. 1902. 1. 49).

4° La désignation du fonds de commerce et de ses succursales, s'il y a lieu, avec indication précise des éléments qui le constituent et sont compris dans le nantissement, la nature de leurs opérations ou leur siège, sans préjudice de tous les autres renseignements propres à les faire connaître ; si le nantissement s'étend à d'autres éléments que l'enseigne, le nom commercial, la clientèle, le droit au bail, ces éléments doivent être nommément désignés ;

5° Election du domicile par le créancier gagiste dans le ressort du Tribunal de la situation du fonds.

196. Nous n'avons aucune peine à reconnaître dans ces différentes prescriptions de l'article 24, la reproduction des dispositions de l'article 2.148 du Code civil en matière hypothécaire, il nous est donc inutile de consacrer à celles-ci une étude spéciale, il nous suffit de renvoyer le lecteur aux auteurs qui traitent de cette question dans les ouvrages de droit civil général (Planiol II nos 2.947 et suivants). Rappelons seulement que la jurisprudence considère comme mentions substantielles de l'inscription, mention dont l'omission entraînera nullité de la désignation : 1° de la personne du débiteur ou du propriétaire du fonds ; 2° de la date et de la nature du titre (mention particulièrement importante en notre espèce, où l'inscription doit être prise dans la quinzaine de l'acte) ; 3° le montant de la créance ; 4° son époque d'exigibilité ; 5° le fonds hypothéqué ; 6° la personne du créancier (mais les Tribunaux sont extrêmement indulgents en ce qui concerne les erreurs relatives à cette désignation) ; 7° quant à l'élection de domicile du créancier, la jurisprudence ne fait une cause de nullité de son omission que si le créancier n'a pas de domicile réel dans le ressort du Tribunal de commerce de la situation du fonds, l'indication de ce domicile suffisant pour remplir le vœu de la loi, par contre l'inscription serait nulle, faute d'élection de domicile si le domicile réel était en dehors du ressort du Tribunal de commerce (1).

---

(1) Notons cependant en sens contraire un jugement du Tribunal de commerce de Pontoise du 6 novembre 1917. *Journal des faillites*, 1918, p. 50. D'après ce jugement, « le défaut d'élection de domicile dans le ressort du Tribunal de commerce du greffe duquel est prise l'inscription n'est pas une cause de nullité de cette inscription, l'omission de cette formalité n'étant dans la loi l'objet d'aucune sanction et ne pouvant, d'ailleurs, léser les droits

197. Mais si nous n'avons à mentionner, relativement au fonds de commerce, aucune particularité en ce qui concerne ces différentes énonciations, il n'en est pas de même en ce qui concerne l'obligation mentionnée par la dernière phrase de l'alinéa 4 du paragraphe 2 de l'article 24 : « Si le nantissement s'étend à d'autres éléments que l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle, ces éléments doivent être nommément désignés ».

Ces derniers éléments comprennent, ainsi que nous le savons déjà, le mobilier commercial, le matériel, l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles industriels et enfin les succursales.

Or, l'inscription sera-t-elle valable si elle mentionne que le nantissement portera sur ces différents éléments considérés *in genere*, ou bien exigera-t-on, au contraire, qu'elle contienne l'énumération des différentes machines comprises dans le gage, un inventaire du mobilier, de l'outillage rentrant dans la composition du fonds ? mention expresse de chaque succursale, de chaque brevet, modèle ou marque ?

En principe, c'est sans conteste à la première solution que nous devrions nous arrêter ; devrait être considérée comme valable l'inscription indiquant simplement que le gage portera sur le matériel, l'outillage, le mobilier, les brevets, les marques, les dessins et modèles sans autre désignation. En effet, le fonds, rappelons-le, est une universalité *sui generis*, un bien qui reste semblable à lui-même, quels que soient les éléments qui le composent ; le privilège du gagiste porte non sur telle machine, sur tel outil, tel meuble, tel droit au bail, mais sur les machines, les outils, les meubles, le droit au bail, qui composeront le fonds lors de la réalisation du gage ; le gage saisit les machines, le matériel au fur et à mesure de leur incorporation dans le fonds, le privilège s'éteint au contraire sur les machines qui ont été aliénées, échangées ; par suite, ce serait selon nous un non-sens que d'exiger lors de la conclusion du

---

des tiers, mais seulement ceux du créancier exposé à n'être pas touché, ou à ne l'être que tardivement par les significations qui lui sont faites ».

Cette décision est extrêmement libérale, nous n'hésitons pas à l'approuver complètement.

gage et lors de l'inscription de celui-ci, l'énumération de toutes les machines et l'inventaire du mobilier, de l'outillage entrant dans la composition du fonds, puisque le privilège du gagiste ne porte nullement sur ces articles considérés isolément, mais sur l'outillage, le matériel, le mobilier, qui composeront le fonds lors de la réalisation du gage. Et cependant telle ne fut pas pendant longtemps l'avis de la jurisprudence qui, argant de l'article 9, paragraphe 3, aussi bien que de l'article 24, paragraphe 2, exigeait que le bordereau d'inscription mentionnât article par article tous les éléments matériels compris dans le gage du fonds (Tribunal de commerce, Lyon, 30 juin 1911, 17 avril 1912. *Journal des Faillites*, 1912, page 454. — Bourges, 5 novembre 1913 ; id. 1914, page 79. — Marseille, 22 juillet 1912). Encore une fois, c'était là dénier au fonds de commerce son caractère d'universalité et méconnaître la technique du gage de celui-ci ; la Cour de cassation, avec juste raison, condamna donc cette jurisprudence et admit, conformément aux principes que nous avons énoncés, que le privilège du créancier nanti frappait les meubles, les machines, les outils au fur et à mesure de leur incorporation dans le fonds et que, par suite, il était inutile d'inventorier le matériel, le mobilier, l'outillage compris dans le nantissement et qu'il suffisait d'indiquer dans l'inscription que le privilège du gagiste portait sur ces différents éléments, sans détailler nullement tous les objets composants. (Arrêts de Cassation, 17 juillet 1918, *Gazette du Palais*, année 1918-19, 1. 387-5 ; id., Orléans, 5 décembre 1919. *Gazette du Palais*, 1920, page 509).

Le nouveau projet Cordelet solutionne spécialement cette question dans ce sens et, afin d'éviter toute source de discussion, modifie l'article 9, paragraphe 3, en remplaçant les termes « désignation expresse » par le mot « indication » et en spécifiant formellement que les bordereaux d'inscription ne devront contenir aucune description, même sommaire, des éléments matériels compris dans la composition du fonds. En effet, les greffiers se plaignaient avec raison de la longueur excessive des bordereaux qui, surchargés du fait de l'obligation imposée par les tribunaux de Lyon et de Bourges d'inventorier article par article, les éléments matières rentrant dans la composition du fonds, présentaient le double inconvénient d'être moins clairs et leur imposaient une dépense supérieure à l'émolument qui leur est alloué pour l'inscription du gage

198. Ainsi que nous le savons déjà, le raisonnement que nous appliquons à l'inscription des éléments matériels rentrant dans la composition du fonds devrait s'appliquer complètement à l'inscription des éléments incorporels compris expressément dans le gage, aux brevets, marques, dessins, modèles, et succursales. Mais, rappelons-le, à la suite d'une regrettable erreur, le législateur n'a pas admis, quant aux brevets, aux marques, dessins, modèles, les conséquences qui dérivaient de la nature spéciale du fonds de commerce ; le privilège du créancier ne grève pas les brevets, les marques, les dessins existant lors de la réalisation du fonds, mais les brevets, les marques, les dessins existant lors de la conclusion du gage ; en conséquence, nous sommes forcé d'admettre que l'inscription prévue par l'article 24 devra désigner nommément les différents brevets, les marques, les dessins existant à l'époque du contrat, comme elle devra spécialement désigner toutes les succursales frappées du gage ; telle est ici encore la solution malheureusement donnée par l'article 18 du nouveau projet Cordelet, qui, persévérant dans l'erreur que nous avons signalée, prévoit que l'inscription du nantissement devra comprendre, en ce qui concerne les marques et les dessins, la date et le numéro du dépôt.

En ce qui concerne les différents éléments incorporels du fonds expressément frappés du gage, le législateur ne se contente d'ailleurs pas de cette publicité que nous venons d'examiner ; il exige, d'autre part (article 10, paragraphe 3), l'inscription du nantissement des succursales sur le registre du Tribunal de commerce dans le ressort duquel est exploitée chaque succursale, et, deuxièmement (article 24, paragraphe 3), l'inscription du nantissement des brevets, marques et dessins à l'Office national de la propriété industrielle.

En ce qui concerne l'inscription du gage des succursales, rien en particulier à signaler ; cette inscription se fera dans la quinzaine de l'acte constitutif du gage, suivant la procédure prévue par l'article 24. Examinons par contre un peu plus longuement l'inscription des nantissements sur les brevets, marques et dessins, telle qu'elle a été réglementée par l'ar-

ticle 24, paragraphe 3, et le décret d'administration publique du 29 août 1909 (1).

Inscriptions spéciales en ce qui concerne les brevets, les dessins et les marques.

199. Ainsi donc, à peine de nullité du nantissement en ce qui concerne les brevets, les marques, les dessins, les modèles, inscription du privilège du gagiste doit être prise à l'Office national de la propriété industrielle (2), sur production du certificat d'inscription délivré par le greffier du Tribunal de commerce dans la quinzaine de cette dernière inscription.

La demande d'inscription est envoyée par la poste sous pli recommandé à l'Office national, à l'adresse du Ministre du Commerce et de l'Industrie. Elle indique les nom, prénoms, domicile du demandeur, et est accompagnée du certificat d'inscription délivré par le greffier du Tribunal de commerce et du montant approximatif de la taxe (article 9, décret du 28 août 1905). La demande est enregistrée sur un registre à souche, elle reçoit un numéro d'entrée et il en est délivré un récépissé (art. 105). L'Office, qui ne peut se refuser à recevoir une demande formulée selon ces règles, transcrit alors la dite demande sur un registre spécial, coté et paraphé, portant en tête le jour du dépôt et les nom, prénoms, domicile du requérant, puis il répertorie l'inscription sur deux registres distincts contenant dans l'ordre alphabétique l'un les noms des parties, l'autre l'indication des marques, dessins, modèles, brevets, avec la mention des numéros des inscriptions qui les concer-

---

(1) Rappelons, en outre, qu'en vertu de l'article 5 de la loi du 18 mars 1919, le greffier au Tribunal de commerce doit noter sur le registre du commerce les nantissements du fonds, le renouvellement et la radiation ou l'inscription du privilège du gagiste.

(2) L'Office national de la propriété industrielle a été organisé par la loi du 9 juillet 1902, art. 1er, et installé au Conservatoire national des Arts et Métiers sous le nom d'Office national pour la protection des brevets d'invention et marques de fabrique, puis sous le nom d'Office national de la propriété industrielle, par l'arrêté du 31 mai 1903.

Cet Office est rattaché au ministère du commerce, dont il forme une direction extérieure ; rappelons qu'il a été créé sur les bases actuelles à la suite de la convention internationale de Paris en 1887, créant une union pour la protection de la propriété industrielle. Il est situé au numéro 292 de la rue Saint-Martin (IIIe arrondissement), à Paris.

nent (publicité réelle et personnelle). Les inscriptions sont ensuite consignées dans les archives de l'Office national sur les registres du dépôt central en regard des marques de fabrique ; sur ceux des dessins et modèles ou sur les arrêtés de délivrance des brevets d'invention (1). Puis un certificat reproduisant succinctement les indications portées sur le registre d'inscription des demandes et des mentions effctuées sur les registres centraux où les arrêtés de délivrance, daté et signé par le directeur de l'Office, est ensuite délivré au déposant.

200. Ces différentes formalités sont facilement remplies par l'Office national, grâce aux renseignements qui, aux termes de l'article 7 du décret du 28 août, doivent être fournis par le certificat d'inscription délivré par le greffier du Tribunal de commerce. Ce certificat doit mentionner, en effet, en ce qui concerne les marques, les nom, prénoms, adresse du titulaire de la marque déposée conformément à la loi du 23 juin 1857, le Tribunal de commerce qui a reçu le dépôt, la date à laquelle il a été effectué, ainsi que le numéro de ce dépôt, les produits que la marque sert à désigner, les nom, prénoms et adresse du créancier gagiste et du débitant.

En ce qui concerne les dessins, il mentionne les nom, prénoms, adresse du titulaire du dessin ou modèle déposé conformément aux lois des 18 mars 1806 et 14 juillet 1909, le Conseil de prud'hommes qui a reçu le dépôt et la date à laquelle il a été effectué, le numéro qui a été attribué au dépôt, enfin les nom, prénoms, adresse du créancier gagiste et du débiteur. En ce qui concerne les brevets et licences, il désigne les nom, prénoms et adresse du titulaire du brevet, la date à laquelle il a été déposé, le titre de l'invention, le numéro de délivrance, les nom, prénoms et adresse du gagiste et du débiteur.

Grâce à ces différents renseignements, l'objet du gage est parfaitement individualisé et les inscriptions peuvent se faire sans erreur à l'Office national.

201. Ces différentes inscriptions font l'objet d'une publicité très complète, le registre d'inscription de la demande peut

---

(1) Il existe à l'office national un répertoire des brevets, chaque brevet a son dossier spécial où viennent se classer tous les actes qui constituent en quelque sorte son état-civil, cessions partielles ou totales, renonciation, annulation, c'est là que viendront se ranger les inscriptions ou nantissement de fonds de commerce, après avoir été transcrites sur un registre spécial.

être consulté sans frais à l'Office national, et les mentions portées aux archives de l'Office sur les registres des marques, sur ceux des dessins, sur les arrêtés de délivrance des brevets sont communiqués au public dans les mêmes conditions que les marques, les dessins, les brevets. Enfin, à titre de simple renseignement, à condition d'acquitter au préalable les taxes prévues par le décret du 28 août, sur demande écrite adressée à l'Office, toute personne peut se faire délivrer un état des inscriptions portées sur les registres et consignées aux archives ainsi qu'un certificat des radiations sur un certificat négatif.

Remarque.

202. En ce qui concerne le gage d'un fonds de commerce comprenant des dessins ou modèles, nous devons faire une remarque importante. En effet, le législateur, dans son article 24 de la loi de 1909, a prévu uniquement le gage des dessins et modèles industriels déposés conformément aux prescriptions de la loi du 14 juillet 1909 ; mais la loi du 19 juillet 1793, complétée par la loi du 11 mars 1902 protège elle aussi la propriété des dessins et modèles concurremment à la loi du 14 juillet 1909, à condition que le dit dessin ou modèle donne au goût artistique, au sens de l'esthétique, une satisfaction suffisante pour être considérée comme une œuvre d'art. En vertu de la loi du 19 juillet 1793, complétée par la loi du 14 juillet 1866, tout auteur d'une œuvre d'art possède, durant sa vie, la propriété absolue de cette œuvre, et ses héritiers conservent le même droit pendant une durée de 50 ans, à compter de la mort de l'auteur. Or, l'acquisition du droit de propriété sur le dessin, sur le modèle d'œuvre d'art, n'est subordonnée à l'exécution d'aucune formalité préalable et aucune obligation spéciale n'est imposée à l'artiste, qui veut intenter une action en contrefaçon contre celui qui, sans droit, imite une de ses œuvres. Ce droit de propriété artistique protégé par les lois de 1793-1902, est cessible, il peut faire l'objet d'un nantissement valable, il peut être gagé accessoirement au fonds, mais il ne peut donner lieu à l'exécution des formalités prescrites par les articles 7 et suivants du décret du 28 août 1909, son gage ne peut être publié à l'Office national de la propriété industrielle qui ne conserve nullement les documents concernant la propriété artistique ; par suite l'ar-

ticle 24, paragraphe 3, lui sera donc inapplicable et nous devons en conclure que le gage sur les dessins, modèles artistiques, sera opposable aux tiers par la seule présence d'une mention sur le registre du Tribunal de commerce établissant que les dessins et modèles ont été nantis concurremment aux autres éléments du fonds.

Notre remarque permettra au créancier gagiste qui a omis de remplir, en ce qui concerne les dessins et modèles régulièrement déposés, les formalités prévues par l'article 24, paragraphe 3, de neutraliser les sanctions établies par le dit article. En effet, l'auteur d'un dessin et modèle peut, à son choix, invoquer la loi de 1793 ou celle de 1909, le bénéfice des deux régimes peut être cumulé ; le créancier gagiste, qui a omis de remplir les formalités de l'article 24, paragraphe 3, ne possédera aucun droit sur la propriété individuelle des dessins et modèles, mais son gage sera valablement constitué en ce qui concerne la propriété artistique et il bénéficiera valablement de son privilège lors de la réalisation de celle-ci. Nous ne contestons pas l'illogisme de notre solution et les difficultés insolubles qu'elle pourrait entraîner, mais ce n'est là qu'un exemple des conséquences regrettables du cumul des lois de 1793 et de 1909 si critiqué en doctrine. Dans notre espèce, l'inconvénient de ce système pourrait être facilement corrigé par le législateur, auquel il suffirait de proclamer que toutes les fois qu'un dessin ou modèle aura été déposé, le droit de propriété artistique ne pourra être isolément gagé.

Portée des inscriptions.

203. Le privilège du créancier gagiste garantit le principal de la créance, les accessoires et les intérêts.

Ainsi que nous le savons déjà, l'inscription prise sur le registre du Tribunal de commerce, doit contenir toutes les indications nécessaires sur ces différents points, faute de disposition spéciale, le privilège ne garantit que le principal de la créance. Ajoutons encore que l'inscription ne garantit que deux années seulement au même rang que le principal aux termes mêmes de l'article 28 de la loi de 1909. Nous retrouvons ici une disposition analogue à celle de l'article 2151 du Code civil en matière hypothécaire, nous en connaissons les raisons, il est donc inutile de nous arrêter longuement sur ce sujet,

mais une question spéciale se pose en matière de fonds de commerce, une inscription particulière peut-elle être prise pour garantir les intérêts qui ne sont pas garantis par l'inscription primitive ; prendre une nouvelle inscription en ce qui les concerne ne serait-il pas violer ouvertement les prescriptions de l'article 11, paragraphe 1 ?

204. Certains auteurs l'ont soutenu prétendant, qu'après expiration des deux années prévues par l'article 28, toute inscription nouvelle était nulle, le délai de quinzaine de l'article 11 étant largement dépassé. Nous n'acceptons pas cette manière de voir. L'article 28 stipule que l'inscription primitive garantit deux ans d'intérêt, *au même rang que le principal*, et non pas qu'elle garantit purement et simplement deux années d'intérêt, l'inscription garantit deux années au même rang que le principal, qu'est-ce à dire, sinon que les intérêts supplémentaires sont conservés à un autre rang que le rang de la première inscription, rang qui sera déterminé par la date de la nouvelle mention.

205. Mais dans quels délais celle-ci pourra-t-elle être prise ? Devra-t-elle être prise avant expiration du délai de deux ans? Pourra-t-elle être prise valablement après expiration de ce délai, pourvu que la créance principale soit toujours valablement garantie? Nous admettons cette deuxième solution qui ne pourrait être écartée que si un texte formel l'interdisait spécialement, car l'article 11 ne s'applique nullement en notre matière ; l'article 21 du nouveau projet Cordelet supprime d'ailleurs toute indécision à ce sujet, en complétant l'article 28 actuel, et en stipulant que : « l'inscription garantit au même rang que le principal deux années d'intérêt sans préjudice des inscriptions portant privilège à compter de la date, qui seront prises pour les intérêts autres que ceux conservés par la première inscription » ; notre solution ne cause d'ailleurs aucun préjudice aux tiers qui connaissent l'existence du gage par le seul fait de la consultation du registre, et par suite, ont conscience de la garantie d'intérêt ; quant aux autres créanciers nantis, ils sont suffisamment protégés par le fait que le privilège garantissant le payement des intérêts nouveaux ne prend rang qu'à dater de sa nouvelle inscription.

Mais une inscription secondaire est-elle nécessaire à l'Office de la propriété industrielle pour conserver le privilège du gagiste sur les marques, brevets et dessins ?

206. Non, nous le croyons pas ; l'obligation d'une publicité spéciale à l'Office industrielle constitue une anomalie dans le système de la loi de 1909 ; il importe donc de restreindre ces dispositions exceptionnelles de l'article 24, paragraphe 3. Ni la loi du 17 mars 1909, ni le décret du 28 août suivant, n'organisent d'ailleurs en ce qui concerne les brevets, marques et dessins, la prise d'inscription secondaire pour le maintien de ce privilège ; aucune formalité nouvelle ne devra donc être remplie à l'Office de la propriété industrielle, l'inscription prise sur le registre du Tribunal de commerce suffira à conserver sur les brevets, les marques et les dessins, aussi bien que sur les autres éléments du fonds, le privilège du créancier nanti en garantie des intérêts d'une durée supérieure à deux ans. Mais, quoique la loi du 26 juin 1920 et les décrets du 11 septembre suivant n'aient prévu aucune inscription secondaire pour assurer la garantie des intérêts dépassant une certaine durée, nous admettons que l'inscription accessoire prise à l'Office national ne garantira jamais une somme supérieure à celle que garantit l'inscription principale. Par suite, si aucune inscription n'a été prise au greffe du Tribunal de commerce pour garantir les intérêts supplémentaires, aucun privilège sur les brevets, les marques ou les dessins n'en garantira le paiement, quoique, encore une fois, la loi du 26 juin 1920 n'ait exigé en la matière aucune nouvelle inscription.

207. *Remarque :* La règle de l'article 28 est étrangère aux intérêts échus antérieurement à la prise d'inscription et qui, eux, sont garantis au même rang que la créance principale ; d'autre part, sa restriction n'a plus de raison d'être quand le droit du créancier gagiste s'est fixé sur le prix du fonds de commerce, c'est-à-dire du jour de l'adjudication du fonds aux enchères publiques, quand la vente a été faite dans les formes prescrites par les articles 5, 15, 16, 17, 18, 20 de la loi du 17 mars 1909, ou bien du jour des notifications à fin de purge suivant les formes de l'article 22.

208. Enfin, puisque la disposition de l'article 28 constitue une véritable restriction légale au droit du créancier gagiste qui a entendu garantir par son gage tous les accessoires de sa créance, elle doit être strictement limitée au privilège garantissant les intérêts et pour cette raison, faute de disposition spéciale de la loi, nous n'étendrons pas au gage du fonds de commerce les dispositions de l'article 2.151 du Code civil, qui

assimile aux intérêts les arrérages d'une rente quand cette rente constitue partie du capital.

D'autre part, l'article 28, paragraphe 2, ne s'applique nullement aux intérêts dont on ne peut actuellement et périodiquement exiger le paiement, puisque la créance qui les produit n'est ni exigible, ni liquide ; ces intérêts ne seront déterminés que lorsque la créance le sera elle-même, après reddition de compte ou liquidation de la société et l'inscription conserve alors au rang du capital tous les intérêts qui seront dus quand sera fixé le reliquat dans la composition duquel ils rentreront; il en est ainsi en matière d'ouverture de crédit et de compte courant, l'intérêt rentrant alors dans le montant de la créance jusqu'à concurrence de la limite de crédit convenu entre les parties. L'article 28 ne s'appliquera alors qu'aux intérêts qui courront postérieurement au règlement définitif du compte.

205. De même qu'en matière hypothécaire nous admettons que l'article 28, paragraphe 2, pourra être invoqué non seulement par les créanciers inscrits, mais encore par les créanciers chirographaires ou les tiers détenteurs qui, dans l'hypothèse de l'article 448 du Code de commerce, pourront avoir intérêt à en invoquer l'application lorsque le règlement déclaratif de faillite concernant le propriétaire du fonds aura interdit toute inscription de privilège nouveau sur le fonds (1).

Péremption et renouvellement des inscriptions.

210. Pas plus que l'inscription hypothécaire, l'inscription du nantissement du fonds de commerce ne peut conserver indéfiniment ses effets. Dans l'intérêt d'une bonne publicité, par suite des mutations extrêmement fréquentes qui se produisent dans la propriété d'un fonds, le législateur a limité à cinq ans, à compter de sa date, l'effet de l'inscription du privilège sur le fonds. Faute de renouvellement dans ce délai, le privilège tombe et, par suite de la présence de l'article 11, il est absolument impossible de le faire revivre même à un rang postérieur, par l'effet d'une nouvelle inscription.

Pour être valable, l'inscription en renouvellement doit être

(1) N'oublions pas que cette solution est toujours controversée en jurisprudence, mais nous inclinons néanmoins dans ce sens.

prise avant expiration du délai de cinq ans (1) prévu par l'article 28, paragraphe 1. Le créancier gagiste ou son représentant n'a plus à produire le titre donnant naissance au privilège, il se contente de présenter au greffe du Tribunal de commerce deux bordereaux conformes aux bordereaux de l'article 24 et qui indiquent seulement que l'inscription est prise en renouvellement de l'inscription primitive.

211. Pour la même raison que celle que nous avons indiquée plus haut en matière d'inscription secondaire, nous estimons qu'il ne sera pas nécessaire de prendre une inscription nouvelle à l'Office de la propriété industrielle, en renouvellement de l'inscription prise lors de la constitution du gage ; et bien que la loi du 26 juin 1920 et des décrets de septembre n'aient imposé aucun renouvellement au gage isolé des brevets et des marques, pour la même raison encore que celle que nous avons donnée plus haut, nous admettons que faute de renouvellement de l'inscription principale au greffe du Tribunal de commerce, le privilège du créancier gagiste tombera entièrement et s'éteindra sur les brevets et les marques, aussi bien que sur le matériel, le droit au bail et l'enseigne. Encore une fois, les formalités de l'article 24, paragraphe 3, n'indiquent nullement que brevets, marques et dessins soient donnés isolément en gage, le nantissement qui les frappe rentre dans le gage du fonds, il s'éteint donc avec lui.

212. Mais ici encore tout renouvellement sera devenu inutile lorsque le droit du créancier gagiste se sera définitivement fixé sur le prix du fonds de commerce, lorsque le tiers détenteur lui aura fait ses notifications à fin de purge, ou lorsque le fonds aura fait l'objet d'une adjudication dans les formes des articles 5, 15, 16, 17, 18 et 20 de la loi de 1909. Dans ces différentes hypothèses, en effet, l'inscription a produit tout son effet légal et un renouvellement serait désormais sans objet.

---

(1) On calcule ce délai de jour à jour sans compter le *dies a quo* mais en comptant le *dies ad quem*, le dernier jour utile pour renouveler l'inscription est le cinquième anniversaire du jour où elle a été prise ; ainsi, une inscription prise le 20 septembre 1920 devra être renouvelée, au plus tard, le 20 septembre 1925, même si ce jour est un jour férié, l'article 1033 du Code de procédure ne s'applique pas en cette matière.

Remarque.

213. En pratique, il arrive très souvent que le débiteur propriétaire du fonds, qui a fait l'objet du gage, ait accepté la mobilisation de sa dette sous forme d'effets de commerce multiples à échéances diverses. Le gage du fonds de commerce est alors consenti au profit des porteurs successifs des effets qu'endosse rapidement le créancier gagiste. Or, dans cette hypothèse, le renouvellement de l'inscription devra être opéré par chacun des porteurs des effets et le renouvellement de l'un ne profitera pas aux autres, il n'y a aucun lien de solidarité ou d'indivisibilité entre ces différents porteurs et, par suite, chacun ne peut agir que sur son propre compte.

Pour que l'inscription puisse être renouvelée au profit du porteur d'effet, il faut d'ailleurs que le dit effet soit bien individualisé, et ne laisse aucun doute sur son origine primitive, la loi de 1909 n'a pour ainsi dire pas réglementé cette question ; avec raison, le nouveau projet Cordelet en prévoit les détails en stipulant dans son nouvel article 15 que « les effets doivent être soigneusement mentionnés dans l'acte de nantissement avec indication de leur montant et de la date de leur échéance. » Ils seront causés « valeur en prêt garanti par nantissement », le premier endossement devra mentionner la date, le volume et le numéro de l'inscription du privilège ».

Frais de l'inscription.

214. Le droit d'inscription au profit de l'Etat, du privilège du créancier gagiste est fixé à 0 fr. 05 % du principal de la créance, par l'article 34 de la loi de 1909 ; il est perçu par l'administration de l'enregistrement, lors de l'enregistrement du contrat, en ce qui concerne la première inscription ou sur présentation des bordereaux, avant leur dépôt au greffe du Tribunal de commerce, en ce qui concerne l'inscription passée en renouvellement avant expiration du délai de cinq ans.

Outre ce droit d'inscription, il est dû des indemnités spéciales au greffier du Tribunal de commerce et à l'Office de

la propriété industrielle, indemnités fixées par le décret du 28 août 1909, dans ses articles 18 et 20 (1).

Il est dû au greffier du Tribunal de commerce :

1° 0 fr. 50 pour l'apposition du numéro d'entrée sur la demande d'inscription et l'établissement de la souche et du récépissé ;

2° 1 fr. pour la transcription du bordereau et la certification de l'inscription ;

3° 1 fr. pour le certificat d'inscription en ce qu'il s'applique aux brevets marqués ;

4° 0 fr. 50 pour la rédaction du procès-verbal de dépôt de l'acte sous seing privé quand l'acte de nantissement est constaté sous cette forme.

Il est dû à l'Office de la propriété industrielle :

1° 0 fr. 50 tant pour l'enregistrement de la demande, l'apposition du numéro d'entrée et l'établissement direct de la souche que du récépissé ;

2° 1 fr. pour l'inscription sur le registre de réception ;

3° 1 fr. 50 pour les mentions sur les registres du dépôt central ou les arrêts de délivrance des brevets (2) ;

4° 0 fr. 50 pour le certificat d'inscription.

Le montant de ces dernières taxes est acquitté lors du dépôt de la demande, entre les mains de l'agent comptable du Conservatoire national des arts et métiers ou est envoyé par la poste.

Nous en avons ainsi fini avec l'étude des inscriptions du privilège du créancier nanti, et en général, avec l'examen des effets du gage du fonds de commerce ; nous en arrivons donc au Titre III de la présente partie, titre qui consistera dans l'étude de l'extinction et de la transmission du privilège du créancier gagiste.

---

(1) Quant aux frais d'inscription des nantissements, renouvellement et radiation du privilège du créancier gagiste sur le registre du commerce. ils sont fixés aar le décret du 15 mars 1920 (*J. O.*, 27 mars), (art. 18) à la somme de 1 franc.

(2) Cette indemnité est due pour chaque brevet, chaque marque, chaque dossier si le fonds de commerce comprend plusieurs de ceux-ci, mais l'article 20 prévoit un tarif décroissant au fur et à mesure que croît le nombre de ceux-ci.

TITRE III

Extinction et transmission du privilège.

CHAPITRE PREMIER

Extinction du privilège.

Nous diviserons le présent chapitre en trois sections qui seront d'ailleurs assez courtes : dans une première section, nous étudierons rapidement les causes d'extinction absolue du privilège du créancier nanti ; dans une deuxième section, nous verrons la question de la survie du droit de préférence au droit de suite, et du droit de suite au droit de préférence ; enfin, sur une troisième section, nous examinerons les questions que soulève la radiation des inscriptions.

Causes d'extinction absolue

215. 1° Par voie accessoire. — Le privilège du créancier nanti ayant pour but unique de garantir le paiement d'une créance dont il est l'acessoire s'éteindra en même temps que la créance elle-même. Cependant, rappelons ici que le gage est un droit indivisible, il ne disparaîtra donc que si la créance est entièrement éteinte et continuera à grever tous les éléments du fonds, alors même que le propriétaire aurait partiellement acquitté la dette que le gage garantit. Nous ne trouvons, en matière de nantissement, aucune disposition analogue à celle de l'article 1 de la loi de 1909, qui concerne uniquement le privilège du vendeur.

Observons enfin que, conformément au droit commun, le privilège du créancier gagiste subsiste en cas de subrogations conventionnelle ou légale, de même qu'en cas de novation, si le créancier l'a expressément réservé (art. 1.278).

216. 2° Extinction par voie principale. — Dans cette hypothèse, la créance que le privilège avait pour but de garantir survit entièrement, seul le privilège s'éteint indépendemment de celle-ci.

I. — Il en sera ainsi tout d'abord quand, *pour une raison quelconque, s'éteindra le fonds de commerce lui-même,* soit que son inexploitation, sa fermeture soit le fait de son propriétaire, soit qu'elle soit la conséquence d'une disposition législative interdisant désormais l'exercice du commerce qu'il avait pour objet, sans que celle-ci ait donné lieu pour cela à la moindre indemnité en compensation du dommage qu'elle suscite (Exemple : Interdiction vente et fabrication d'absinthe).

II. — Bien que le fonds ne soit pas disparu, le privilège du créancier gagiste pourra s'éteindre encore par voie principale, si le dit créancier *renonce purement et simplement* au bénéfice de son gage.

Cette renonciation pourra être expresse ou tacite, complète ou partielle. Elle sera tacite, par exemple, quand le gagiste aura voté le concordat de son débiteur en état de cessation de paiement (Grenoble, 27 décembre 1912, *Journal des Faillites*, 1913, page 210) ; elle sera partielle quand elle ne dégrèvera que certains des éléments du fonds.

III. — De même, il y aurait encore extinction par voie principale si à la suite *d'une adjudication du fonds conformément à la procédure établie par les articles* 5, 15, 16, 18, 20 et 22, ou à la suite d'offres valables de vente nullement surenchéries, le *créancier gagiste n'était pas colloqué utilement à la suite de la procédure de distribution du prix de l'adjudication,* par suite de l'extinction des fonds ou faute de production dans les délais légaux.

IV. — En matière hypothécaire, rappelons qu'il existe une autre source d'extinction de l'hypothèque, *c'est la prescription.*

Théoriquement, dans le gage du fonds de commerce, la prescription est aussi une source d'extinction du privilège

---

(1) On ne peut, au contraire, nullement présumer renonciation au privilége du fait par le créancier gagiste d'avoir produit à la faillite et de s'être prêté à la procédure de vérification et affirmation des créances. Dans cette hypothèse, en effet, le créancier gagiste n'a pour but que de sauvegarder ses droits pour le cas où le gage serait insuffisant pour garantir sa créance, il n'a nullement l'intention d'abandonner son privilège et de renoncer à son gage.

du créancier nanti, mais en notre matière, cette cause d'extinction ne jouera pour ainsi dire jamais, car la prescription en vigueur sera toujours la prescription de trente ans, que le détenteur du fonds soit ou non de bonne foi. Mais, rappelons ici l'effet de l'article 2.279 du Code civil : en cas d'aliénation d'un élément corporel rentrant dans la composition du fonds, le privilège du créancier nanti sur ces différents éléments n'aura aucune prise contre le droit de propriété de l'acquéreur de bonne foi ; il s'agit somme toute, en l'espèce, d'un cas spécial d'extinction partielle du privilège du créancier nanti, extinction que l'on peut assimiler dans une certaine mesure, à l'extinction prévue par l'article 2.180, paragraphe 4 du Code civil, si l'on considère tout au moins comme résultat d'une prescription instantanée, la règle de l'article 2.279 en fait de meuble possession vaut titre.

V. — Enfin, comme mesure spéciale d'extinction, notons encore *la péremption de l'inscription*, faute de renouvellement de celle-ci avant expiration du délai de cinq ans, à compter de la première inscription (1), par suite de la disposition spéciale des articles 11 et 28 de la loi de 1909, que nous avons examinés au cours du précédent chapitre.

Survie du droit de préférence au droit de visite, ou du droit de suite au droit de préférence.

217. Survie du droit de préférence. — Nous savons que lorsque le fonds de commerce a été adjugé conformément à la procédure organisée par les articles 5, 15, 16, 17, 18, 20 et 23 de la loi de 1909 ; quand il a fait l'objet d'une expropriation pour cause d'utilité publique ou quand il a été valablement purgé, le droit de suite du créancier gagiste s'éteint complètement sur le fonds qui se trouve affranchi entre les mains de son nouveau possesseur. Mais indépendamment du droit de suite, le droit de préférence continue à survivre, les créanciers nantis ont le droit de se faire colloquer sur le prix d'adju-

(1) Le défaut de prise d'inscription dans le délai de quinzaine, prévu par l'article 11, n'est pas une cause d'extinction du privilège, mais une cause de nullité du contrat ; il ne doit donc pas en être fait mention dans ce chapitre, qui n'énumère que les causes d'extinction d'un privilège valablement constitué.

dication, suivant l'ordre qui leur appartient, au cours de la procédure de distribution, par contribution des deniers de la vente. Rappelons que l'article 660 du Code de procédure leur accorde, à peine de forclusion, un délai de un mois pour produire, à dater de la sommation qui leur est faite par le créancier poursuivant et que faute de sommation ils peuvent se présenter utilement comme en matière d'ordre, non seulement jusqu'à la confection du règlement provisoire de collocation, mais encore jusqu'à la clôture de la procédure de distribution, ainsi du moins que l'admet la majeure partie des auteurs (en ce sens, Garsonnet, *Traité élémentaire des voies d'exécution*, N° 512). La jurisprudence cependant semble ne pas accepter ce système et limite en cette hypothèse, la faculté de produire au jour de la confection du règlement provisoire (Nîmes, 30 décembre 1892. D. 94, 2.365).

Le droit de préférence survivrait encore au droit de suite dans le cas où un élément corporel du fonds aurait été aliéné, si son prix n'avait encore été payé ; le créancier gagiste pourrait faire opposition au paiement de la créance du propriétaire du fonds et faire valoir sur celle-ci son droit de préférence ainsi qu'il en est dit plus haut. Il en serait de même si le fonds de commerce avait été exproprié moyennant indemnité, ou si, le matériel ayant été incendié, il existait une créance d'assurance au profit du propriétaire du fonds de commerce objet du gage.

Il n'y a d'ailleurs rien de particulier en cette matière, nous ne faisons que reproduire strictement ici les solutions admises en ce qui concerne l'hypothèque.

218. Survie du droit de suite au droit de préférence. — Nous rencontrons ici une particularité remarquable du gage du fonds de commerce, particularité que nous avons déjà eu l'occasion de signaler dans notre chapitre consacré à l'étude du droit de préférence.

Comme nous l'avons déjà fait remarquer, en effet, les articles 446 et 447 du Code de commerce déclarent « nuls et sans effet relativement à la masse... », les nantissements constitués par le débiteur sur ses biens, postérieurement à l'époque fixée par le tribunal, comme étant celle de la cessation de paiement pour des dettes antérieurement contractées ; et annulables les nantissements consentis depuis cette époque, en garantie de dettes concomitantes, lorsque le créancier gagiste aura eu

connaissance de la cessation de paiement. Ces nantissements sont nuls ou annulables relativement à la masse, ils ne sont pas nuls vis-à-vis des tiers détenteurs, la loi de 1909 ne contient aucune disposition semblable à celle de l'article 2146 du Code civil, qui porte que « les inscriptions ne produisent aucun effet si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits, avant l'ouverture des faillites, sont déclarés nuls », et duquel on est forcé de conclure que le droit de suite du créancier hypothécaire s'éteint aussi bien que son droit de préférence. On prétend bien que le droit de suite du créancier gagiste n'ayant d'autre utilité que de permettre l'exercice du droit de préférence, on ne peut logiquement concevoir qu'il survivra à ce droit ; mais, comme nous l'avons déjà fait observer, nous croyons ce raisonnement inexact, l'exercice du droit de suite permettra au gagiste de faire rentrer l'objet du nantissement dans la masse à la répartition de laquelle il participera désormais, en qualité de créancier chirographaire, c'est vrai, mais dont il aura toujours intérêt, par suite, à voir augmenter la valeur, afin d'en obtenir une part plus importante. La survie du droit de suite est donc utile au créancier gagiste.

Radiation des inscriptions.

219. La radiation de l'inscription est une conséquence naturelle de l'extinction du droit de gage sur le fonds, elle est réglementée actuellement par les articles 29, 30, 31, de la loi de 1909, mais nous croyons qu'en dehors même de toute réglementation législative on devait en admettre la faculté de réalisation, et nous ne pouvons que critiquer l'arrêt du 26 octobre 1901, de la Cour de Nancy (D. 1903, 2. 177) qui, sous l'empire de la loi de 1898, prétendait à tort qu'aucun texte ne pouvait imposer au greffier la radiation de l'inscription sur la réquisition des parties. Cet arrêt, que nous rappelons incidemment puisqu'il ne possède plus aujourd'hui qu'un intérêt historique, aboutissait à admettre le maintien indéfini, sur un registre public, d'une inscription dont l'effet est par sa nature temporaire. Cette décision illogique est pour nous un exemple des conséquences que peut entraîner l'abus de la technique dans le droit, le défaut de vérification expérimentale des solutions dictées par l'interprétation littérale des textes ; toutes les fois que l'interprétation de la lettre d'un texte aboutit à une solution injuste

ou impossible, le praticien doit se défier de son raisonnement, rechercher son erreur, car le droit ne peut être autre chose que la faculté d'accomplir le juste.

En principe, quand deux formalités sont en corrélation aussi étroite qu'une inscription et sa radiation, le législateur en donnant compétence pour l'une donne compétence pour l'autre ; d'autre part, la loi du 12 juillet 1808, qui soumet au droit de greffe la publication de tous actes prescrits par le Code, permettait d'attribuer un émolument au greffier et de compenser ainsi, dans une certaine mesure, la responsabilité qui lui pouvait incomber du fait de la radiation. Ainsi les deux raisons de la Cour de Nancy, qui prétendait d'abord que le greffier officier ministériel ne peut recevoir que les actes pour lesquels la loi lui attribue compétence et, d'autre part, qu'on ne peut lui imposer de responsabilité alors que celle-ci n'est compensée par aucun émolument, pouvaient être facilement repoussées, et il est profondément regrettable qu'elles aient pu servir à appuyer ne fût-ce que quelques instants, une décision aussi illogique et injuste que celle qui interdisait toute radiation des inscriptions du gagiste.

Mais, encore une fois, cette question n'a plus qu'un intérêt historique, la loi de 1909 règle actuellement soigneusement la question dans ses articles 29, 30, 31.

La radiation de l'inscription a des conséquences extrêmement graves, puisqu'elle supprime toute valeur au privilège du créancier gagiste, on conçoit donc que le législateur l'ait entourée de formalités, de précautions sérieuses, et ait imposé au greffier une lourde responsabilité en vue de stimuler son attention, afin d'éviter des radiations frauduleuses de la part de tiers, qui n'auraient d'autre but que celui de nuire au créancier gagiste en supprimant, purement et simplement, la faculté d'exercice de son privilège sur le gage.

220. Radiation volontaire. — La radiation de l'inscription sera volontaire ou forcée, elle sera volontaire si elle est opérée avec le consentement des créanciers, elle sera forcée quand elle sera faite en exécution d'une décision de justice, par suite du refus de radiation amiable du créancier nanti.

Si la mainlevée volontaire est la conséquence du paiement de la dette, pour y procéder le créancier gagiste doit avoir capacité de recevoir paiement ; le tuteur pourra donc don-

ner mainlevée sans autorisation, de même que le mineur ou la femme mariée commerçants, toutes les fois que la dation de mainlevée rentrera dans l'exercice de leur commerce. Si la mainlevée est une conséquence d'un acte de disposition de la créance ou du gage, le greffier exigera du créancier gagiste ou de son représentant capacité d'aliéner un meuble incorporel, nous connaissons ces conditions, inutile donc de nous arrêter plus longtemps sur ce point (voir n° 50).

Mais, de même qu'en matière hypothécaire, la loi impose une condition de forme à l'acte de mainlevée ; la radiation ne pourra être opérée par le greffier du Tribunal de commerce que sur dépôt d'un acte authentique de consentement à la radiation donné par le créancier ou son cessionnaire régulièrement subrogé à ses droits (art. 29, paragraphe 2). Si un acte sous seing privé suffit pour assurer la validité de l'inscription, au contraire la loi de 1909 exige un acte authentique pour valider la radiation du gage ; il n'y a d'ailleurs aucune contradiction entre ces deux dispositions, une inscription irrégulièrement prise ne laisse subsister aucun dommage après son effacement, au contraire une radiation faite n'en produit pas moins des effets définitifs au profit d'un tiers qui aurait traité avant le rétablissement de l'inscription ; la radiation est donc beaucoup plus dangereuse que l'inscription, et on comprend que sa réalisation ait été entourée de précautions sévères, l'acte authentique exigé certifie au greffier de l'identité du créancier qui demande mainlevée, et ainsi nul imposteur ne peut, sans engager la responsabilité du notaire ou du greffier, obtenir radiation d'une inscription que ne garantirait pas sa propre créance. Bien entendu, si le créancier ne peut pas demander lui-même mainlevée de l'inscription, il peut en charger un mandataire convenu, mais le greffier ne pourra pas se contenter d'une procuration sous seing privé, il devra exiger une procuration authentique (1) pour les mêmes raisons que celles qui le poussait à exiger l'acte authentique de mainlevée.

Remarquons cependant, qu'en vertu de la loi du 1er juil-

(1) Afin d'éviter la dépense d'une procuration authentique, il suffira au titulaire du gage de consentir une cession de pure forme à son mandataire, qui se trouvera ainsi fictivement bénéficiaire du gage.

let 1898, qui ajouta l'article 69 à la loi du 24 juillet 1867, le représentant d'une société peut donner mainlevée sans être porteur d'une procuration authentique des actionnaires ; le greffier doit se contenter, par exemple, d'un pouvoir qui lui serait accordé par l'acte de constitution de société, fut-il sous seing privé. Observons en outre que l'acte authentique de mainlevée n'est pas obligatoirement un acte en minute, un acte en brevet suffira.

221. Lorsqu'un acte de consentement à mainlevée est présenté au greffier, celui-ci ne procède pas encore immédiatement à la radiation de l'inscription, il joue un rôle actif dans celle-ci en ce sens qu'il doit absolument contrôler les conditions de consentement et de capacité des parties. Si, par exemple, l'inscription est prise au profit d'un groupe de porteurs d'obligations et si, lors de la conclusion du contrat il a été convenu que la radiation ne pourrait être consentie que par les administrateurs de la société civile constituée entre les différents porteurs, administrateurs autorisés dans les formes prévues par l'acte de société, le greffier devra se rendre compte de l'observation de ces formalités, et s'inquiéter de savoir si les demandeurs sont réellement autorisés à demander mainlevée.

De même, si le nantissement a été consenti au profit des porteurs d'effets de commerce régulièrement endossés, le greffier ne pourra consentir radiation de l'inscription que si tous les effets lui sont représentés ; par suite de l'indivisibilté du gage, le fonds resterait entièrement grevé au profit d'un seul porteur non payé, si minime que soit cependant sa créance.

222. Après s'être livré attentivement à ces différents examens, le greffier peut enfin radier l'inscription et il conserve alors l'acte authentique de mainlevée qui couvre en partie sa responsabilité.

Après que la radiation de l'inscription aura été effectuée sur le registre du Tribunal de commerce, il y aura lieu de radier les inscriptions prises à l'Office national, il sera procédé à cette opération sur production du certificat de radiation délivré par le greffier du Tribunal de commerce (certificat qui contient les mêmes mentions que le certificat d'inscription) (1).

---

(1) Article 8 du décret du 28 août.

223. La demande de mainlevée pourra d'ailleurs être totale ou partielle, elle sera totale si la créance est entièrement acquittée, et partielle dans le cas contraire ; de même encore, il pourra être procédé à une simple réduction de l'inscription, le créancier gagiste autorisant alors le dégrèvement de certains éléments du fonds et limitant son gage aux autres éléments restant.

Sachons enfin que les formalités de la radiation au greffe du Tribunal de commerce ne donne lieu au payement d'aucun droit comparable au droit fiscal d'inscription de l'article 34. Par contre, les greffiers et l'Office national reçoivent des indemnités en compensation de leur peine et de leur responsabilité, ces indemnités sont fixées par le décret du 28 août 1909 et comprennent pour le greffe du Tribunal de commerce : 1° une allocation de un franc pour toute mention de radiation totale ou partielle ; 2° une allocation de un franc encore pour tout certificat de radiation (1).

A l'Office de la propriété industrielle la procédure de radiation, étant la même que la procédure d'inscription, donnera lieu absolument au paiement des mêmes droits que celle-ci.

Radiation judiciaire

224. Lorsque l'inscription a été prise sans titre ou en vertu d'un titre irrégulier, lorsque l'inscription est nulle au fonds ou en la forme, lorsque le droit de gage s'est éteint par voie accessoire ou par voie principale et que le créancier inscrit ne veut pas consentir à une mainlevée volontaire de son inscription, le propriétaire du fonds, ou tout autre intéressé (créancier postérieurement inscrit par exemple) peut alors avoir recours à la procédure de radiation judiciaire afin d'obtenir radiation forcée de l'inscription.

La demande est formée contre les créanciers inscrits et elle est portée, si la radiation est demandée par voie principale, devant le Tribunal de commerce du lieu où l'inscription fût prise (tribunal du lieu de l'inscription principale si le gage

(1) Radiation de l'inscription doit être faite également sur le registre du commerce, moyennant le paiement d'une indemnité de 1 franc au profit du greffier.

comprend un fonds avec ses succursales), si au contraire la radiation n'est que la conséquence de la nullité de la créance ou du gage, sera compétent pour prononcer la radiation le tribunal qui aura prononcé l'annulation de ceux-ci et qui peut-être sera le Tribunal civil (1). Si la radiation est demandée par voie principale, les parties pourront d'ailleurs convenir de saisir un autre tribunal que celui du lieu de l'inscription du gage; nous appliquerons en l'espèce les dispositions du paragraphe 2 de l'article 2.159 du Code civil, qui ne sont que l'expression du droit commun en matière de compétence (2).

225. La radiation judiciaire ne pourra être opérée sur le registre du greffe qu'en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée.

Si le jugement est rendu contradictoirement et en dernier ressort, pas de difficultés ; mais s'il est rendu par défaut ou en premier ressort, il faut justifier au greffier qu'il est devenu définitif. Pas de difficulté encore si en premier ressort le jugement était contradictoire ; il suffit d'attendre l'expiration du délai d'appel ; mais, au contraire, la question est extrêmement délicate si le jugement a été rendu par défaut par suite de l'existence des articles 164 et 548 du Code de procédure.

En effet le propriétaire du fonds, bénéficiaire du jugement, ne peut demander l'exécution de celui-ci au greffier tant qu'il est encore susceptible d'opposition (art. 164 et 548); d'autre part, un jugement par défaut reste susceptible d'opposition tant qu'il n'a pas été exécuté (art. 158); autant dire que le jugement ne sera jamais exécutable et qu'il tombera fatalement sous le coup de la péremption de l'article 156 du Code de procédure. En pratique, il est vrai, on use d'un artifice. En vertu de

---

(1) Le juge commissaire compétent, pour assurer la distribution par contribution des deniers, ne peut nullement rendre une ordonnance de radiation des inscriptions, ainsi qu'en a le droit le juge de l'ordre en matière immobilière (art. 769 C. de P.).

(2) En vertu de l'article 6 du décret du 15 mars 1920, le greffier doit procéder d'office à la radiation de l'inscription portée sur le registre du commerce quand un jugement rendu par le tribunal du siège a imposé la dite radiation sur le registre d'inscription du privilège du gagiste.

Si le jugement émane d'un autre tribunal que celui du lieu de l'inscription, radiation est opérée sur réquisition du greffier du dit tribunal qui adresse, par lettre recommandée avec avis de réception, notification du jugement. Il est alors dû au greffier une indemnité de 0 fr. 50 en sus de ses frais de poste.

l'article 159 du Code de procédure, le jugement est réputé exécuté quand les frais en ont été payés ; on exécute donc le jugement en ce qui concerne le paiement des frais en procédant au besoin à une saisie des meubles du créancier ou en dressant un procès-verbal de carence que l'on signifie au défaillant en personne ; mais pour cela il faut connaître la résidence actuelle du défaillant, que décider si la signification à personne est impossible en fait ou quand le jugement par défaut se borne à ordonner la radiation de l'inscription sans condamner le défaillant aux dépens. Le problème est alors insoluble et le jugement tombe sous le coup de l'article 156 précité.

Le nouveau projet Cordelet réforme heureusement cette matière dans son article 22 qui, dérogeant au droit commun des articles 164 et 548, soumet l'opposition à un délai fixe après expiration duquel il est procédé sans plus de formalité à la radiation de l'inscription et stipule que « l'opposition du jugement rendu par défaut ne sera recevable que dans le mois qui suivra la signification au créancier du domicile réel et du domicile élu dans l'inscription ».

226. Rappelons que le pourvoi en cassation n'est pas suspensif de l'exécution de l'arrêt et que le greffier ne pourra se refuser d'opérer les radiations demandées, alors même qu'il saurait que le créancier s'est pourvu en cassation contre l'arrêt qui imposait radiation. Si l'arrêt est cassé et si la Cour de renvoi décide que l'inscription ne pouvait être radiée, le créancier devra reprendre une nouvelle inscription et vis-à-vis des tiers qui auront acquis un droit réel sur le fonds antérieurement à la réinscription mais depuis la radiation, celle-ci conservera ses effets, le créancier gagiste ayant alors recours contre son adversaire par la faute duquel la radiation a été précipitamment accomplie.

Ajoutons enfin qu'en matière de gage de fonds de commerce comme en matière hypothécaire, tout intéressé pourra demander judiciairement réduction de l'inscription dans le cas où la date d'inscription aurait été prise pour une somme supérieure à celle de la même garantie (l'application 2.164 du Code civil n'est pas douteux en l'espèce), ou si elle comprenait d'autres éléments que ceux dont il a été expressément convenu dans l'acte de nantissement.

Mais les dispositions de l'article 2.161 spécial à l'hypothèque ne seront jamais applicables en notre espèce, pas plus d'ailleurs que celles des articles 1 (§ 3 et 4) et 5 de la loi de 1909, qui ne concernent que le privilège du vendeur.

CHAPITRE II

Transmission du privilège.

Le privilège du créancier gagiste peut être cédé de deux manières différentes : ou bien avec la créance qui lui sert de support, ou bien isolément pour servir de garantie à une autre créance.

Cession du privilège accessoirement à la cession de créance.

227. En vertu du caractère accessoire du privilège du créancier gagiste, la cession de la créance emporte cession du privilège qui la protège. La cession de créance garantie peut avoir lieu sous la forme prévue par l'article 1.869 du Code civil, mais en notre matière la créance étant le plus souvent représentée par un effet de commerce (1), c'est conformément aux articles 436 et suivants du Code de commerce qu'en sera effectuée la cession, le bénéfice du gage étant acquis à tous les endossataires successifs.

Mais ainsi que nous l'avons remarqué, le fonds de commerce peut encore être affecté à la garantie d'une créance au porteur, le bénéfice du gage appartenant alors au détenteur du titre cessible par simple tradition. De même que l'on conçoit constitution d'hypothèque au profit de tous les porteurs d'obligations commerciales (obligations hypothécaires), on peut concevoir qu'un acte d'émission établisse au profit

---

(1) Le nouvel article 15 du projet Cordelet règle spécialement cette hypothèse et établit dans son paragr. 7 que les établissements de crédit *pourront* désormais recevoir avec dispense d'une des signatures exigées par leurs statuts les effets de commerce souscrits en conformité de la loi et garantis par un gage sur le fonds. Cette disposition se trouve déjà dans les diverses lois relatives aux warrants (loi du 18 mai 1858, art. 11 ; 30 avril 1906, art. 9 ; 10 avril 1913, art. 9).

Le paragraphe 6 du même article stipule d'autre part que si le tiers porteur d'un effet poursuit la vente du fonds grevé de son privilège il ne pourra plus exercer son recours contre les endosseurs et les débiteurs qu'après avoir fait régulièrement valoir ses droits sur le prix d'adjudication du dit fonds.

des porteurs des titres un gage sur fonds de commerce en garantie de leur créance.

En fait, cependant, avouons immédiatement que nous ne connaissons aucun exemple d'émission d'obligations garanties sous cette forme. Si l'on ne tient pas compte de la période qui s'écoule de 1914 à 1919, on doit évidemment reconnaître que la principale raison de l'abstention du commerce en cette matière est l'extrême nouveauté de la loi de 1909 et l'ignorance du gage du fonds de commerce par le gros public souscripteur des titres ; puis il faut remarquer que la société émettrice étant le plus souvent propriétaire de ses immeubles, ni le droit à l'occupation du local, ni le matériel immobilisé par destination (suivant l'opinion de la jurisprudence) ne comptent parmi les éléments du fonds, ce qui retire à celui-ci une grosse part de sa valeur marchande, de sa valeur de réalisation. Cependant, cette dernière observation ne peut être concluante tout au moins si le contrat de nantissement du fonds est rédigé suivant la forme que nous avons indiquée plus haut, si on étend conventionnellement au gage les dispositions de l'article 2131 du Code civil, spécial à l'hypothèque. Dans cette hypothèse, le contrat de nantissement peut rendre aux obligataires d'immenses services et constituer une sérieuse garantie de leur créance. En effet, nous avons vu précédemment que, en conséquence de l'extension de l'article 2.131 au nantissement (2) et accessoirement à cette stipulation, le créancier gagiste se fait consentir le droit de contrôler périodiquement la valeur du fonds, d'apprécier le chiffre d'affaire, de vérifier la comptabilité, de surveiller l'état du matériel, son entretien, son renouvellement, etc., et se réserve la faculté d'exiger le remboursement immédiat de sa créance dans le cas où ses observations lui feraient constater que la valeur du fonds devient insuffisante pour lui servir raisonnablement de sûreté. Autant dire qu'en consentant cette stipulation le débiteur retire presque tout risque à son créancier, qui a désormais le pouvoir de réaliser son gage alors que celui-ci présente encore la plus grande partie de sa valeur.

En matière de société, le fonds de commerce gagé étant

---

(1) Voir article de M. Decugis. *Revue des sociétés*, année 1911.

(2) Voir plus haut, n° 81.

le fonds de commerce social, la réalisation du fonds entraînerait par le fait dissolution de la société, et cette éventualité constitue une menace extrêmement sérieuse pour elle, surtout si l'époque d'exigibilité de la créance n'est plus strictement délimitée dans le temps, mais dépend uniquement du degré de prospérité de l'affaire. Aussi, entre les mains des obligataires, un gage sur fonds de commerce constituerait-il une arme redoutable, qui imposerait à la société emprunteuse une exploitation sage, prudente et honnête de son fonds. A l'époque actuelle, une telle garantie serait extrêmement utile aux porteurs anonymes si souvent sacrifiés ; nous assistons maintenant à un prodigieux développement des émissions privées et il est extrêmement fréquent de constater que le capital-obligation d'une affaire dépasse dans de larges proportions son capital-action ; ainsi on assimile complètement dans les risques l'obligation à l'action, qui cependant reste seule à bénéficier des chances de plus-value de l'affaire. Le gage du fonds de commerce, accordé comme sûreté des obligations garantirait enfin sérieusement leur porteur, leur permettrait de contrôler la consistance de leur gage, de surveiller la gestion de la société emprunteuse et d'éviter la ruine en cas d'insuccès de l'entreprise.

Dans l'hypothèse d'une émission d'obligations garanties par un nantissement sur le fonds, chaque obligataire n'aurait d'ailleurs aucunement un droit propre de contrôle ; l'acte d'émission serait accompagné d'une constitution en société civile entre les premiers porteurs de titres et seuls les administrateurs de la dite société obtiendraient le pouvoir de surveiller, contrôler, réaliser le gage, comme ils auraient le devoir de prendre les inscriptions, de les renouveler, de les compléter ou d'en donner mainlevée après extinction de l'emprunt (1).

Cession isolée du privilège. Cession d'antériorité.

La loi de 1909 a prévu la cession isolée du privilège du créancier gagiste, cession qui consiste à détacher de la créance originaire le privilège pour l'attacher à une autre créance, il

(1) Il en est déjà actuellement ainsi quand des obligations sont garanties par une hypothèque sur les immeubles de la société emprunteuse.

en est ainsi, par exemple, quand un paiement est effectué avec subrogation conventionnelle ou légale (1.249 C. C.), le privilège garantissant la créance qui s'éteint appartenant alors à celui qui a fait le paiement ou au tiers qui a fourni au débiteur les deniers qui ont permis sa libération (1.250, 51, 52).

Il en est de même quand le créancier gagiste, en dehors de toute subrogation, sans que sa créance se trouve nullement éteinte, cède à un tiers dont il est lui-même débiteur le bénéfice de son propre privilège ; mais dans cette hypothèse, si le tiers cessionnaire possède réellement un droit propre, il ne peut néanmoins exercer son privilège que dans la mesure où l'aurait exercé le cédant, la cession de privilège ressemble en quelque sorte à l'ancienne *procuratio in rem suam* romaine, à un mandat de réaliser le gage avec dispense de rendre compte. Bien entendu une telle cession ne peut nuire ni au débiteur qui a constitué le gage, ni aux tiers acquéreurs du fonds, ni aux autres créanciers nantis ; encore une fois le cessionnaire du privilège ne peut bénéficier de celui-ci que selon le mode et dans les limites qu'en aurait dû bénéficier son cédant.

Mais, sans céder entièrement son privilège, le créancier nanti peut néanmoins disposer en partie du bénéfice que lui procure celui-ci ; nous savons que lors de la réalisation du fonds, le créancier nanti premier en rang sera préféré aux créanciers postérieurement inscrits ; or, soit dans son intérêt, soit dans l'intérêt du propriétaire du fonds, le créancier gagiste peut consentir à céder son droit d'antériorité, son rang d'inscription sur le fonds ; dans cette hypothèse il n'y a plus cession du privilège, mais uniquement cession d'antériorité qui, elle-même, ne peut nuire nullement ni profiter aux autres créanciers inscrits. L'opération a absolument le même caractère que l'opération précédente, le créancier cessionnaire du rang du créancier cédant ne possède d'autre droit que celui-ci.

229. Ainsi subrogation, cession du privilège, cession d'antériorité constituent trois modes de disposition isolée du privilège du créancier gagiste ; or, aux termes de l'article 26 de la loi de 1909, sur la demande des intéressés, le greffe du Tribunal de commerce doit mentionner toutes ces opérations en marge des inscriptions du privilège. Quel est donc le but de cette annotation ? A-t-elle une utilité analogue à celle que prévoit l'article 9 de la loi de 1855, les cessionnaires du privi-

lège ou d'antériorité ne seront-ils saisis, vis-à-vis des tiers, que par la mention de la subrogation, de la cession en marge de l'inscription existante ? Non ; l'article 26 de la loi de 1909 ne pose nullement ce principe ; comme le constate avec beaucoup de raison la jurisprudence (Tribunal de commerce de Grenoble, 19 janvier 1912. *Journal des Faillites*, 1912, p. 317), toute cession et subrogation est opposable aux tiers par le seul fait de la conclusion du contrat, que celui-ci ait été ou non constaté par écrit (en matière commerciale tout au moins), ou que l'acte sous seing privé ait été ou non enregistré.

Mais, la mention de la subrogation en marge de l'inscription est une mesure de prudence de la part du cessionnaire du privilège, elle interdit désormais au cédant d'accorder frauduleusement mainlevée de l'inscription au détriment du nouveau titulaire du privilège reposant sur le gage ; elle permet, en outre, au créancier subrogé de recevoir toutes les notifications prescrites par la loi et d'éviter ainsi les causes de déchéance auxquelles pourrait l'exposer son inactivité.

Mais encore une fois, vis-à-vis des tiers, la cession ou subrogation est valable à compter de l'échange du consentement des parties ; le nouveau projet Cordelet le reconnaît d'ailleurs parfaitement et, voulant réformer sur ce point la législation actuellement en vigueur, il dispose dans un nouvel article qu'il considère avec juste raison comme une innovation, que la date des mentions en marge de l'inscription déterminera seule désormais le rang des créanciers subrogés ou cessionnaires d'antériorité, dans leurs rapports entre eux.

Une telle mention en marge de l'inscription primitive n'en sera pas moins utile au cessionnaire de la créance garantie par le gage, qu'au cessionnaire du privilège isolé ; l'un et l'autre possédant en effet le même intérêt à se voir personnellement touchés par les différentes notifications légales qui ont pour but la conservation de la réalisation de leur gage. Et, dans l'hypothèse de la cession de créance, l'acte de cession notifié au greffier du Tribunal de commerce devra être lui-même enregistré, ainsi que l'exige l'article 26, à moins qu'il ne résulte de l'endossement d'un titre à ordre, auquel cas il serait dispensé de l'enregistrement (art. 27).

L'inscription de la mention d'antériorité ou cession donne lieu, au profit du greffier, à la perception d'une indemnité de

0 fr. 50, ainsi que le prescrit l'article 18 du décret du 28 août 1909 précité.

Remarque.

230. Le décret du 28 août prévoit la mention des antériorités et cessions en marge des inscriptions prises à l'Office national de la propriété industrielle, en ce qui concerne les brevets, les dessins et les marques. Dans l'état actuel de notre législation, nous croyons ces mentions inutiles. En effet, le grand danger du défaut d'inscription de la cession est le risque de se voir opposer une mainlevée frauduleuse consentie par l'ancien titulaire du gage ; or, en l'espèce, si la cession est inscrite sur le registre du Tribunal de commerce, nulle radiation ne peut être opposée à l'Office national, faute la possibilité d'obtention du certificat de radiation de l'inscription principale. D'autre part, en vue des notifications diverses prévues par la loi, on tient uniquement compte des inscriptions sur le registre du Tribunal de commerce et nullement de celles qui sont portées à l'Office national. Dans ces conditions, nous ne voyons pas à quoi peut tendre l'annotation de la cession sur les registres de l'Office, annotation que n'a d'ailleurs nullement prévue la loi de 1909.

APPENDICE

231. Nous en avons fini avec l'étude de la forme instituée par la loi de 1909. Nous connaissons les conditions de constitution du gage, ses effets, ses modes d'extinction et de transmission. Cependant, avant de clore cette deuxième partie de notre travail, il nous reste à examiner quelques questions secondaires, à étudier d'abord dans quelles conditions fut mise en application la loi de 1909, quelles dispositions transitoires ont été établies par le législateur pour passer au régime de la loi de 1898 au régime actuel ; nous verrons rapidement ensuite quelle fut l'influence de la législation de guerre sur la constitution du gage ; dans une troisième section, nous dirons quelques mots de la question fiscale qui est éminemment pratique ; enfin, dans une quatrième partie, nous examinerons la question de l'application de la loi de 1909 à l'Alsace-Lorraine.

I

Etude des dispositions transitoires.

232. Cette question n'offre plus aujourd'hui qu'un léger intérêt, nous nous attarderons donc peu à son examen détaillé.

La loi du 17 mars 1909, aux termes de son article 37, ne devait être applicable que six mois après sa promulgation, afin que le Gouvernement ait le temps de préparer et de promulguer lui-même le règlement d'administration publique qui en déterminerait le mode d'application. Mais on s'aperçut bien vite qu'il était fâcheux de laisser si longtemps la loi de 1898 en vigueur et, deux jours après la promulgation de la loi de 1909, M. le Sénateur Cordelet déposait un projet de loi ayant pour objet de modifier le dit article 37. Ce projet devint la loi du 1er avril 1909, promulguée le 2 avril suivant. Son article 1er rendit immédiatement applicable la loi du 17 mars 1909, sauf en ce qui concernait les mesures d'application ren-

voyées au règlement d'administration publique (nous savons que le dit règlement parut le 28 août 1909), et permit aux gagistes dont le contrat était intervenu entre le 19 mars 1919 (date de promulgation de la loi du 17 mars) et le 2 avril 1909, de se placer sous le régime de la loi du 17 mars, à la charge d'inscrire le privilège dans la quinzaine de la promulgation de la loi du 2 avril.

233. Il résulte de ces dispositions que :

1° Les nantissements consentis avant le 19 mars 1909 échappent à l'application de la loi nouvelle, ils continuent à frapper les marchandises, le matériel, le mobilier, les gages, brevets, marques et dessins, bien que ces différents éléments du fonds n'aient fait l'objet d'aucune désignation spéciale dans le contrat de gage ou l'inscription du privilège. Quant à l'inscription, cependant, elle dut être complétée dans un délai de six mois à compter du 19 mars 1909 si elle n'énonçait pas le chiffre de la dette garantie et ses conditions relatives aux intérêts et à l'exigibilité, à défaut de quoi elle ne devait plus être opposable aux créanciers ayant satisfait aux dispositions de la loi de 1909, pour la conservation de leur gage. Ajoutons, enfin, que la durée de ces inscriptions fut limitée à cinq ans, à compter de la promulgation et que celles-ci durent, par suite, à peine d'extinction du privilège, être renouvelée avant l'expiration de ce délai.

2° Les nantissements consentis entre le 19 mars et le 2 avril 1909 sont soumis eux-mêmes à la législation de 1898. L'article 2 de la loi du 1er avril 1909 permit, il est vrai, aux *créanciers gagistes de se placer sous le régime de la loi de 1909*, mais ceux-ci n'y avaient aucun intérêt, la loi de 1898 leur étant beaucoup plus avantageuse puisqu'elle leur permettait de comprendre dans le gage les marchandises du fonds.

234. Mais en vertu de la loi de 1898, aucun délai n'était imposé aux créanciers gagistes pour inscrire leur privilège sur le fonds; l'article 38 de la loi de 1909 a bien prévu un délai en vue de la régularisation des inscriptions incomplètes, il n'a rien prévu en ce qui concerne les nantissements non inscrits ; fallait-il donc admettre que la mise à exécution de la loi de 1909 avait eu pour effet d'interdire au créancier gagiste de prendre désormais inscription, si plus de quinze jours s'étaient écoulés depuis la constitution du nantissement sur le fonds ? C'est ce qu'avait décidé le Tribunal de commerce de la Seine

par un jugement en date du 5 décembre 1910, sous prétexte que le paragraphe 3 de la disposition transitoire, se préoccupant uniquement des créanciers gagistes ayant pris inscription, aurait virtuellement exclu pour les créanciers non inscrits la possibilité de rendre désormais le privilège opposable aux tiers, par une inscription régulière. Cette solution fut justement condamnée par la Cour de Paris, le silence de la loi n'impliquant pour le créancier aucune déchéance, la loi de 1909 ne portant nullement atteinte aux droits qui étaient acquis aux créanciers gagistes dont le nantissement avait été constitué avant sa promulgation. L'article 2 de la loi du 1er avril 1909 donnait d'ailleurs un démenti formel à cette interprétation en admettant que le créancier gagiste, dont le gage avait été consenti depuis le 17 mars 1909 sous l'empire de la loi de 1898, pouvait se placer sous le régime de la loi de 1919, en s'inscrivant dans la quinzaine de la mise en application de la dite loi ; c'était laisser admettre, *a contrario*, que le créancier gagiste pouvait encore s'inscrire après expiration de ce délai, mais restait alors soumis aux dispositions de la loi de 1898. Mais le créancier qui n'avait pas voulu bénéficier des dispositions de l'article 2 de la loi du 1er avril, conservait-il entièrement la faculté que lui accordait la loi de 1898 de reculer, autant qu'il l'entendait dans le temps, l'inscription de son privilège ? Selon nous, cette conclusion s'imposait, faute de s'être inscrit dans le délai de quinzaine courant à compter du 2 avril 1909, le créancier antérieurement nanti conservait tous les droits que lui accordaient la loi de 1898 ; mais, par contre, il ne bénéficiait nullement des avantages spéciaux accordés par la loi de 1909 ; il ne pouvait surenchérir, il n'avait pas le droit d'exiger le remboursement de sa créance en cas de déplacement du fonds, le vendeur qui résolvait sa vente, le bailleur qui résiliait son bail, n'avaient nullement à en signifier par avance leur intention d'exercer leur action en résolution, etc.

Cependant, telle n'est pas la solution de la jurisprudence qui s'est fixée définitivement, semble-t-il, dans un troisième sens. La Cour de Paris, dans un arrêt du 22 février 1912, et la Cour de cassation, dans un arrêt du 26 mars 1918 (*Journal des Faillites*, 1918, page 65) ont admis, en effet, que le créancier gagiste non inscrit antérieurement au 2 avril 1909 pouvait encore procéder depuis cette date à l'inscription de son privilège, quoique plus de quinze jours se fussent écoulés depuis

la conclusion de son contrat, mais que, par contre, il devait se conformer aux conditions de forme et de délai établis par les articles 11 et 24 de la loi de 1909 et prendre, dans les quinze jours de la mise en vigueur de la loi, l'inscription contenant les mentions prescrites par l'article 24. Ainsi toute inscription prise postérieurement à l'expiration de ce délai de quinzaine devrait être considérée comme nulle, l'expiration du dit délai de quinzaine entraînerait donc extinction du nantissement sur le fonds.

En pratique, cette solution de la jurisprudence est extrêmement satisfaisante, mais en droit elle ne nous semble nullement d'accord avec le texte de la loi ; l'article 2 de la loi du 2 avril 1909 devient complètement inexplicable si l'on s'en tient à l'interprétation de la jurisprudence, aussi n'hésitons-nous pas à repousser les décisions de celle-ci.

Mais, encore une fois, il est inutile désormais de nous attarder sur cette question spéciale, dont l'intérêt est aujourd'hui disparu, onze ans nous séparant déjà de l'époque de la promulgation de la loi.

II

La législation de guerre et le gage sur le fonds (1).

235. Dès l'ouverture des hostilités, le Gouvernement demanda aux Chambres les pouvoirs les plus étendus pour être autorisé à suspendre ou proroger, pendant la durée des hostilités, tous les délais de quelque nature qu'ils fussent et à prendre les mesures nécessaires pour faciliter l'exécution des obligations commerciales et civiles. Le Parlement accepta de donner au Gouvernement l'autorisation très large que celui-ci réclamait, il vota les dispositions qui composèrent la loi du 5 août 1914, et autorisa le Gouvernement à prendre, dans l'intérêt général, par décret en Conseil des ministres, toutes les mesures nécessaires pour faciliter l'exécution ou suspendre les effets des obligations commerciales ou civiles, pour suspendre toutes prescriptions ou péremptions en matière civile, commerciale ou administrative, tous délais impartis pour attaquer,

(1) Wahl. — *Droit civil et commercial de la guerre*, III, page 505.

signifier ou exécuter les décisions des tribunaux de l'ordre judiciaire et administratif.

En exécution des lois du 27 janvier 1910 et du 24 décembre 1910, le Gouvernement avait, dès le 31 juillet 1914, prorogé les échéances des valeurs négociables ; mais la loi du 5 août 1914 renforça les pouvoirs et, périodiquement pendant toute la durée de la guerre, le Gouvernement accorda par décrets des délais moratoires à certains débiteurs (1). Or, bien entendu, toutes les fois qu'un débiteur est protégé par un décret moratoire, le créancier gagiste ne peut intenter contre lui d'actions en réalisation de son gage, celui-ci ne sera réalisable qu'après expiration du délai de prorogation, si le débiteur ne se conforme pas alors aux obligations qui lui impose l'exécution de son contrat.

Mais si la question des décrets moratoires ne concerne qu'indirectement le gage du fonds de commerce, par contre, le décret du 10 août 1914 intéresse directement notre question et ce sont ses conséquences que nous devons donc plus particulièrement étudier au cours de cette section.

Aux termes du décret du 10 août, le Gouvernement suspendit, pendant toute la durée de la mobilisation et jusqu'à la fin des hostilités, toute prescription, péremption en matière civile, commerciale ou administrative, tout délai imparti pour signifier, exécuter ou attaquer les décisions des tribunaux judiciaires ou administratifs, la suspension des prescriptions et péremptions s'appliquant aux inscriptions hypothécaires et à leur renouvellement, aux transcriptions, et généralement à tous les actes qui, d'après la loi, doivent être accomplis dans un délai déterminé. Cette disposition s'étendit tout naturellement aux délais fixés par la loi de 1909 pour la prise des inscriptions de

---

(1) La liste des créances moratoires et des débiteurs bénéficiaires varia avec le temps. Aujourd'hui, le dernier décret moratoire actuellement en vigueur, et qui porte la date du 18 septembre 1920 (*J. O.*, 22 septembre), n'accorde prorogation d'échéance qu'aux débiteurs qui ont été mobilisés, aux héritiers de ceux-ci à raison des obligations contractées par leurs auteurs, aux sociétés en nom collectif dont tous les associés, et aux sociétés en commandite simple dont tous les gérants sont ou ont été mobilisés, aux débiteurs domiciliés dans les territoires qui ont été envahis ou particulièrement atteints par les hostilités, et qui sont énumérés dans une liste spéciale. Une loi est actuellement en préparation qui mettra enfin un terme au régime des moratoires ou règlera définitivement la situation de ces différents débiteurs.

nantissement (art. 11 et 24, § 3), pour les renouvellements (art. 28); elle s'appliqua de même aux délais de l'article 2, paragraphes 4 et 5, à l'expiration duquel pouvait intervenir la résiliation de la vente ; au délai de l'article 14, préalable à la résiliation du bail ; au délai de l'article 20, en ce qui concerne les saisies d'éléments isolés du fonds de commerce ; au délai de surenchère de l'article 23, paragraphe 2, etc.

Délai d'inscription et de renouvellement (art. 11 et 13, § 2 ; art. 24, § 3 ; art. 28, § 1 et 2)

236. Les délais d'inscription et de renouvellement ayant pris cours avant ou depuis le 2 août 1914 et qui étaient acquis ou devaient prendre fin avant ou pendant le cours des six mois, suivant l'époque fixée par décret comme devant constituer le jour de cessation des hostilités (23 octobre 1919), furent suspendus en vertu du décret du 10 août 1914, modifié par la loi du 4 juillet 1915, pendant toute la durée des hostilités et les six mois qui en suivirent la cessation ; la loi du 19 avril 1920 prorogea elle-même ce délai de suspension jusqu'au 24 avril 1921 inclus.

237. Mais, malgré ces dispositions légales, le créancier gagiste avait cependant, intérêt à prendre rapidement ses inscriptions de privilège ; en effet, le décret du 10 août n'a nullement modifié les prescriptions de l'article 12 de la loi de 1909, le rang des créanciers gagistes reste déterminé par la date des inscriptions sur le registre du Tribunal de commerce, le créancier bénéficiant des dispositions moratoires risque donc de se voir devancer par un autre créancier plus actif ; d'autre part, faute d'avoir publié son privilège, il ne peut pas bénéficier des dispositions législatives le protégeant contre une résiliation de bail, de vente ou une saisie séparée d'un élément quelconque constituant le fonds, etc.

Si, la guerre rendait impossible toute communication avec le greffe du Tribunal de commerce de la situation du fonds, le créancier gagiste, en vertu de l'article 3 de la loi du 6 février 1915, pouvait d'ailleurs prendre valablement inscription pour conserver son gage sur le registre du Tribunal de commerce de sa propre résidence, sous réserve d'accomplir après rétablissement des communications, les formalités prescrites par la

loi sur le registre du Tribunal de la situation du fonds (Wahl, III, 505).

Enfin, remarquons que, en vertu de l'article du décret du 15 septembre 1914, la suspension des délais d'inscription put toujours être levée par ordonnance du Tribunal civil à l'égard des créanciers gagistes qui n'étaient ni mobilisés, ni domiciliés dans les pays envahis.

Délai des articles 2, § 4 et 5 ; art. 14, § 1 et 2 ; art. 20 de la loi de 1919

238. Ces délais limitant le droit de résiliation du vendeur et du bailleur, le droit de poursuite des tiers saisissants, furent eux-mêmes prorogés par le décret du 10 août 1914, à peine d'engager leur responsabilité vis-à-vis des créanciers gagistes, les vendeurs, bailleurs ou tiers saisissants ne purent, à moins de faire courir judiciairement les délais, mener à bonne fin leurs poursuites durant toute la durée de la prorogation légale, c'est-à-dire jusqu'à expiration, à compter de la cessation des hostilités, d'un nouveau délai égal à celui qui restait à courir au premier jour de la mobilisation.

Délai de l'article 22, § 2 et de l'article 16, § 1

239. Le délai de poursuite de l'article 16, paragraphe 1, le délai de surenchère de l'article 22, paragraphe 2, furent prorogés de la même façon que les délais précités ; mais ici encore la levée de la suspension pouvait être obtenue sur autorisation du président du Tribunal civil statuant sans frais à l'égard des intéressés non mobilisés ou non domiciliés dans les pays envahis (décret du 15 décembre 1914).

240. *Remarque.* — Les délais de l'article 13, paragraphe 1, sont toujours restés applicables pendant toute la durée des hostilités. En effet, comme le remarque parfaitement M. Wahl, la loi n'a eu en vue que les délais courant à dater d'un jour déterminé et non pas les délais calculés en arrière ; d'ailleurs, prorogation signifierait en cette matière suppression de l'obligation, l'avis ayant pour but de faire connaître le déplacement du fonds.

Il en résulte que nous devons admettre qu'en cas de déplacement du fonds, les créances inscrites devenaient de plein

droit exigibles si le propriétaire du fonds ne faisait pas connaître aux créanciers inscrits, quinze jours au moins à l'avance, son intention de déplacer le fonds et le nouveau siège qu'il entendait lui donner. Mais, bien entendu, les dispositions de l'article 13, paragraphe 4, ne pouvaient s'appliquer si le déplacement du fonds avait pour raison un cas de force majeure, par exemple l'envahissement du lieu d'installation du fonds ou son bombardement. Mais en l'espèce, c'était la force majeure et nullement les dispositions du décret du 10 août qui justifiait l'inexécution des prescriptions de l'article 13 de la loi de 1909.

III

Questions fiscales.

241. En matière de nantissement de fonds de commerce nous trouvons trois charges fiscales distinctes :

1° Droit d'enregistrement ; 2° Droit de timbre ; 3° Droit d'inscription.

Enregistrement.

Le prêt sur nantissement est soumis au droit de 1 % (1) établi par l'article 69, paragraphe 3, n° 3, de la loi du 22 frimaire, an VII. La régie n'a jamais admis de faire bénéficier ce prêt du tarif de faveur établi par la loi du 8 septembre 1830, modifié par l'article 4 de la loi du 28 février 1872, qui admet à l'enregistrement au droit fixe de 3 francs les prêts sur nantissement de marchandises.

Le nantissement n'est passible d'aucun droit particulier lorsqu'il est compris dans l'acte qui constate l'obligation garantie ; s'il est conféré par acte particulier, il donne lieu à perception d'un droit fixe de 6 francs (2) au moment de l'enregistrement de l'acte.

Si le nantissement est consenti pour la garantie de la dette

(1) Ce droit est en outre augmenté de décimes supplémentaires à raison de 2 décimes 5 par franc.

(2) Ce droit, fixé autrefois à 3 francs, a été porté à 6 francs par la loi du 25 juin 1920.

d'un tiers, il est dû un droit proportionnel de 0 fr. 50 % (1) en vertu de l'article 69, paragraphe 2, n° de la loi du 22 frimaire, an VII.

Les bordereaux d'inscription, les états ou certificats, les copies d'acte sous seing privé délivrées par les greffiers sont exempts de la formalité de l'enregistrement (art. 34, § 4 de la loi du 17 mars 1909). Par contre, les actes de consentement de mainlevée, totale ou partielle, sont soumis à cette formalité et frappés d'un droit de 2 centimes et demi pour 100 francs du montant des sommes faisant l'objet de la mainlevée (sans addition de décime), quand ils ne sont pas la conséquence d'une quittance contenue dans le même acte (art. 35, § 1, et rapport Cordelet du 25 janvier 1907).

S'il y a seulement réduction de l'inscription, il n'est perçu qu'un droit fixe de 2 francs pour chaque acte, sans que ce droit puisse excéder toutefois le droit proportionnel qui serait exigible en cas de mainlevée (art. 35, § 2).

Timbre.

242. Sont affranchis du timbre les registres d'inscriptions tenus par le greffier en exécution de l'article 15, les bordereaux d'inscription, les reconnaissances de dépôt, les états, certificats, extraits et copies dressés en exécution de la loi de 1909, ainsi que les pièces produites pour l'accomplissement d'une formalité exigée par la loi, qui restent déposées au greffe, et les copies délivrées en application de l'article 32, paragraphe 3, à la condition que ces pièces mentionnent expressément leur destination (art. 34, § 3).

Il résulte de cette disposition que l'expédition de l'acte authentique constitutif de gage, qui est donnée en communication au greffe et remise au créancier gagiste, reste soumise au droit de timbre légal.

Droit d'inscription

243. Le droit d'inscription du nantissement est fixé par l'article 34, paragraphe 1, à 0 fr. 05 %, sans addition de déci-

(1) A ce droit s'ajoutent encore des décimes supplémentaires à raison de 2 décimes 5 par franc.

me. Il est perçu lors de l'enregistrement du contrat de nantissement, afin d'éviter au greffier la responsabilité d'une perception d'impôt, tant au point de vue de la régularité de la dite perception que des reversements des recettes effectuées.

Le droit d'inscription est dû pour les inscriptions prises en renouvellement ; il est encore perçu, dans ce cas, par l'Administration de l'enregistrement, sur présentation du bordereau, avant le dépôt au greffe du Tribunal de commerce. Mais il n'est imposé qu'un seul droit lorsque le privilège doit être inscrit dans plusieurs greffes (art. 10), instruction du 2 avril 1909 émanant de la Direction générale de l'enregistrement), et de même aucun droit nouveau ne doit être perçu lorsque l'inscription est reportée à sa date en exécution de l'article 13, paragraphe 2, sur le registre du greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel est transporté le fonds.

Enfin, ajoutons que nul impôt analogue ne frappe la radiation des inscriptions (art. 35, § 1), pas plus d'ailleurs que l'inscription des cessions ou antériorités de privilège.

IV

Question de l'application de la loi de 1909 à l'Alsace-Lorraine.

244. Le Traité de Versailles, qui a fait rentrer l'Alsace-Lorraine dans la nation française, n'a pas eu pour conséquence d'y introduire de plein droit notre législation. La qualité d'Alsacien-Lorrain conserve en matière de conflit de loi une valeur juridique propre et crée, pour ceux à qui cette qualité appartient, un statut différent de celui qui régit l'ensemble des nationaux français. Cet état de choses a été consacré par la loi du 17 octobre 1919, qui dispose dans son article 3 que « les territoires d'Alsace-Lorraine continuent à être régis provisoirement par les dispositions qui y sont actuellement en vigueur et que la législation française sera introduite sur les dits territoires par des lois spéciales qui fixeront les modalités et les délais de son application ». Toutefois, poursuit le législateur dans l'article 4 de la dite loi, « les dispositions de la législation française dont l'introduction présenterait un caractère d'urgence pourront être déclarées applicables par décret

rendu sur la proposition du Président du Conseil et après rapport du Commissaire général de la République ».

Or, jusqu'à présent, aucune loi, aucun décret n'est venu introduire notre législation française en Alsace-Lorraine en ce qui concerne le régime des fonds de commerce, les nantissements ou les ventes.

La législation locale, qui en cette matière n'est autre que la législation allemande, reste donc applicable ; nous allons l'examiner très brièvement et nous signalerons ensuite les conflits de loi susceptibles de se produire entre Alsaciens et Français relativement au gage du fonds de commerce.

Le gage du fonds de commerce en Alsace-Lorraine.

245. En Allemagne, ni la coutume ni la loi ne permettent de voir dans le fonds de commerce une universalité *sui generis*, ainsi que le conçoit notre législation française que nous avons analysée au début de cette étude. Le fonds de commerce, en Allemagne, n'existe pas en tant que bien spécial indépendant des biens qui le composent ; celui qui vend ou gage son fonds, vend ou gage distinctement, séparément, chacun des biens qui constitue celui-ci et remplit quant à chacun de ces biens, les formalités qui sont imposées par leur nature spéciale.

Et, faute de la reconnaissance par le législateur allemand d'une forme analogue à notre gage sans déplacement le propriétaire qui veut donner en nantissement les divers éléments qui constituent son fonds doit obéir aux dispositions des articles 1.205 et suivants du Code civil allemand, quant au nantissement des éléments corporels, aux dispositons des articles 1.274 et suivants quant au nantissement des autres éléments ; par suite, il doit donc délivrer réellement la détention de ses biens, c'est-à-dire cesser lui-même l'exploitation de son fonds.

En pratique, bien entendu, l'emploi de cette forme de gage pur et simple est presque toujours impossible car le fonds de commerce est pour le débiteur son seul instrument d'enrichissement, son seul gagne-pain. Aussi, le commerçant alsacien utilise-t-il une autre forme technique qui n'est autre que notre fiducie avec clause de précaire, il utilise la forme qu'il dénomme *Sicherungskauf*, ou vente de sécurité ; il transfère la propriété de tout ou partie des éléments corporels et incor-

porels qui composent son fonds au créancier qui lui en laisse la détention en lui consentant immédiatement, sous certaines conditions, un bail qui a ces différents éléments pour objet.

Mais cette forme de la *Sicherungskauf* est une forme purement coutumière qui n'est nullement réglementée par le Code civil, ou par le Code de commerce, et, par suite, nous ne trouvons aucune publicité du changement de propriété qui en est la conséquence ; il n'existe en Alsace-Lorraine aucun registre semblable à nos registres de publication des ventes et nantissement du fonds, aucune organisation semblable à notre organisation française ; le registre du commerce publie bien les transferts de fonds de commerce, les mutations dans la propriété de la firme (mutations qui permettent l'application de l'article 25 du Code de commerce de 1897) (1), mais il ne publie nullement les *Sicherungskauf* d'éléments séparés ; il ne peut ni de près ni de loin être assimilé aux registres établis par notre loi de 1909, registres dont on ne peut concevoir l'existence en Alsace-Lorraine faute d'acepter la possibilité de consentir des privilèges sur un fonds.

De la diversité des législations française et locale vont donc naître des conflits ; un Français peut-il donner en gage, suivant la loi de 1909, son fonds situé en Alsace-Lorraine ? Un Alsacien peut-il consentir un privilège sur un fonds qu'il exploite en France ? Quel sera l'effet du transfert en Alsace-Lorraine d'un fonds situé en France, où il a été régulièrement nanti ? etc., etc.

(1) Art. 25. — Celui qui ayant fait l'achat entre vifs d'un commerce le continue sous l'ancienne raison sociale avec ou sans indications de sa qualité de successeur, est responsable de tous les engagements contractés par l'ancien propriétaire de la raison commerciale dans l'exercice de son commerce. Les créances actives provenant de l'exploitation du commerce sont considérées comme transférées au successeur à l'égard du débiteur si le précédent propriétaire ou ses héritiers ont donné le consentement au maintien de la raison commerciale. Une convention contraire n'a de valeur vis-à-vis des tiers qu'à condition qu'elle ait été inscrite sur le registre du commerce et publiée, ou que les tiers en aient été avisés par l'acquéreur ou le vendeur du fonds. Lorsque la raison sociale n'est pas maintenue, l'acquéreur du fonds n'est tenu des engagements antérieurs que s'il existe à cet égard un engagement spécial et, notamment, si l'acquéreur a porté cette obligation à la connaissance du public dans la forme commerciale usitée.

Etude sommaire des conflits.

246. Le Gouvernement déposa le 12 mars 1920 (1), sur le bureau de la Chambre, un projet de loi ayant pour objet de prévenir et régler les conflits entre la loi française et la loi locale. Ce projet, malheureusement fort incomplet et très fragmentaire, n'a encore été voté ni par la Chambre ni par le Sénat. Actuellement, l'interprète doit donc s'inspirer des principes établis par le droit international, tout en observant que ces principes ne peuvent fournir en notre matière des solutions impératives ; car il s'agit ici de conflits entre deux lois relevant de la même souveraineté, la souveraineté française qui s'exerce heureusement désormais aussi bien sur l'Alsace-Lorraine que sur le reste de la France.

En droit international, le principe essentiel en matière mobilière et immobilière est celui de la compétence de la loi de la situation des biens, ainsi que l'admet d'ailleurs l'article 11 du projet gouvernemental qui étend ce principe aux conflits qui peuvent s'élever entre Français et Alsaciens-Lorrains : « Le régime de la propriété et des droits réels en matière mobilière et immobilière est déterminé par la loi du lieu de la situation des biens. En matière mobilière, la situation qui détermine la compétence législative est celle que le meuble occupe au début de l'instance. Toutefois, le déplacement d'un meuble ne peut porter atteinte à des droits antérieurement acquis ».

Il résulte donc de l'application de ces principes que tout fonds de commerce situé en Alsace-Lorraine, qu'il appartienne à un Alsacien-Lorrain ou à un Français, sera régi par la législation locale, et que tout fonds situé en France sera régi par la loi de 1909, même s'il est la propriété d'un Alsacien-Lorrain.

Par suite, un Français ne pourra jamais constituer un nantissement sur un fonds qu'il possède sur les territoires désannexés et, ainsi que nous le verrons plus loin, la jurisprudence française n'acceptera pas que l'Alsacien-Lorrain consen'e sur les éléments du fonds de commerce qu'il possède en France des *Sicherungskauf*, ainsi que le permet la coutume locale.

Aucune difficulté ne semble devoir s'élever sur ces différents

(1) D. P. C. 1920, page 350, n° 517.

points (1). Remarquons seulement que toutes les obligations imposées par la loi de 1909, en vue de sauvegarder le droit du créancier gagiste, du bailleur d'immeuble, du tiers saisissant, etc., s'imposeront à l'Alsacien en ce qui concerne le fonds situé en France et il y a là, pour lui, une source de responsabilité dont il ne se doute nullement.

247. Mais que décider si un fonds autrefois situé en France où il a été régulièrement gagé est transféré en Alsace-Lorraine? Bien entendu le créancier gagiste ne pourra nullement obéir aux dispositions de l'article 13 de la loi de 1909, puisque, en Alsace-Lorraine, aucun registre n'existe ; d'autre part, le paragraphe 3 du dit article peut fort bien n'être pas applicable s'il ne résulte du transfert aucune dépréciation du fonds. Alors doit-on admettre que le privilège du créancier gagiste tombera, purement et simplement, par le seul fait du transfert d'un fonds de commerce dans les provinces désannexées ?

La question est extrêmement délicate et seul le législateur peut régler le conflit ; l'article 11 du projet gouvernemental semble admettre la survivance du privilège en stipulant que « le déplacement d'un meuble ne peut porter atteinte à des droits antérieurement acquis » ; mais alors il sacrifie injustement la masse des autres créanciers qui, dans l'ignorance du privilège, contractent sans défiance avec le propriétaire du fonds de commerce dont la solvabilité n'est qu'une simple apparence. Si l'on admet d'ailleurs la survivance du privilège, comment appliquer les règles des articles 26, 28 de la loi de 1909 ? Pendant combien de temps sera conservé le privilège du gagiste ? Combien d'années d'intérêt pourra-t-il garantir ? Suivant quelle procédure se fera la réalisation du fonds ? Encore une fois, le maintien du privilège du gagiste entraîne d'énormes difficultés et sacrifie injustement l'intérêt des créanciers chirographaires ; nous préférons donc à cette solution celle qui admet la disparition du privilège, l'article 1.188 du Code civil permettant alors au créancier gagiste de sauvegarder immédiatement ses droits. Que décider, d'autre part, si un fonds est transféré d'Alsace-Lorraine en France ? Permettra-t-on au vendeur non payé de prendre immédiatement inscrip-

(1) Bien entendu, l'article 2.128 du Code civil ne peut nullement s'appliquer en l'espèce pas plus qu'il ne s'appliquerait si le conflit s'élevait entre Français et Allemand. L'article 2.128 est exceptionnel, spécial à l'hypothèque, il ne peut nullement être étendu en matière de gage sans déplacement.

tion sur le fonds ? Lui opposera-t-on, au contraire, la déchéance de l'article 12 de la loi de 1909, ce qui lui retirera, vis-à-vis des créanciers nantis, le bénéfice des garanties qu'il possédait en Alsace-Lorraine contre son acquéreur (1).

Bref, il existe en cette matière une série de problèmes qui nous font désirer l'intervention rapide du législateur.

248. Nous n'hésitons d'ailleurs pas à affirmer qu'en cette matière la législation française est très supérieure à la législation locale ; il y aurait donc un très grand intérêt à l'introduire le plus tôt possible en Alsace-Lorraine. Nous n'ignorons certes pas la difficulté de cette opération ; à la question du gage proprement dit se greffent des questions de procédure extrêmement importantes, extrêmement délicates et, avouons-le, cette réforme est en partie liée à la réforme que devra subir le droit local pour tout ce qui concerne la matière des privilèges. Cependant nous croyons que l'on pourrait, dès à présent, introduire le principe français du fonds de commerce universalité *sui generis*, le principe aussi du gage sans déplacement et créer, sans retard, le registre de nantissements que tiendrait facilement l'autorité judiciaire chargée déjà de la tenue du registre de commerce. En ce qui concerne le nantissement des brevets, marques et dessins, aucune difficulté ne pourrait s'élever puisque l'Alsace-Lorraine s'est vu appliquer les lois concernant la propriété littéraire, artistique et commerciale par le décret du 10 février 1920.

Ainsi, grâce à cette seule réforme, les conflits délicats que nous avons signalés seraient susceptibles de s'aplanir sans difficulté pour la plus grande utilité des habitants d'Alsace-Lorraine et du reste de la France ; nous n'hésitons donc pas à en réclamer la résiliation prochaine (2).

---

(1) Nous voulons parler ici de son action en résolution ou de son action en revendication qui s'exercera toutes les fois où il aura utilisé la forme consensuelle de vente, c'est-à-dire se sera maintenu la propriété de la chose jusqu'au paiement du prix, car n'oublions pas que dans la législation allemande le vendeur ne possède pas de privilège analogue à celui que lui accorde notre législation française.

(2) L'étude des conflits qui s'élèvent entre Alsaciens-Lorrains et Français nous dispense de faire l'étude des effets du nantissement en droit international ; nous devrions, en effet, répéter au cours de celle-ci toutes les observations que nous avons faites au cours de la présente section. La loi qui réglera le nantissement du fonds sera la loi du lieu de sa situation.

Quant à la détermination de la nationalité du fonds, voir entre autres un arrêt de la Chambre des requêtes du 9 novembre 1891. D. 1892. 1. 519.

TROISIÈME PARTIE

Etude sommaire des autres formes techniques que la forme utilisée par les lois de 1898 et de 1909 et Conclusion.

249. Le gage sans déplacement, validé par les lois de 1898 et de 1909, est en pratique la seule forme technique actuellement utilisée par un débiteur qui veut constituer une sûreté sur son fonds de commerce ; mais les lois précitées n'ont nullement interdit l'utilisation des autres formes techniques reconnues par le Code et susceptibles elles aussi de réaliser le but économique poursuivi par le propriétaire du fonds qui désire obtenir du crédit en donnant au prêteur un droit réel quelconque sur son bien.

En effet, le gage sans déplacement, s'il offre d'immenses avantages aussi bien pour le prêteur, qui n'aurait ni la compétence ni le temps d'exploiter le fonds qui lui serait donné en garantie, que pour l'emprunteur, qui conserve ainsi son instrument de travail, présente néanmoins certains inconvénients.

Tout d'abord, son utilisation repose sur la confiance réciproque des parties ; le créancier gagiste laisse à son débiteur la détention du fonds à la seule condition que celui-ci l'exploite en bon père de famille et il s'expose ainsi à être victime de la confiance qu'il a bénévolement accordée à l'emprunteur, qui pourra facilement, ainsi que nous l'avons déjà constaté, dilapider les éléments matériels du fonds ou laisser s'éteindre la valeur des autres éléments s'il exploite mal ou abandonne l'exploitation du dit fonds.

D'autre part, si le créancier utilise la forme de la loi de 1909, il subira l'application de son article 9, qui précise que « sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement *soumis aux dispositions de la présente loi* : l'enseigne, la clientèle, l'achalandage, etc... », énumération qui ne com-

prend nullement les marchandises qui constituent cependant un élément très important de la valeur du fonds.

Enfin, faisons encore observer qu'il devra se plier à l'exigence des formalités prévues par les articles 15 et suivants de la loi de 1909, en vue de parvenir à la réalisation du fonds.

Or, l'utilisation d'autres formes techniques que le gage sans déplacement pourra très probablement, si elle ne présente pas les avantages de cette dernière forme, ne pas en avoir tous les inconvénients que nous signalons ci-dessus. Il importe donc que nous en examinions brièvement les conditions d'application et que nous étudions successivement les conséquences de la fiducie pure et simple, de la fiducie avec clause de précaire et du gage qui, ainsi que nous le savons, constituent d'autres formes techniques parfaitement autorisées par la loi.

Fiducie.

250. La fiducie est la forme qui libère le créancier de chacun des risques inhérents au gage sans déplacement.

Elle consiste dans le transfert immédiat de la propriété et de la détention d'une chose appartenant au débiteur entre les mains du créancier, qui promet de la rendre, lors du remboursement de la créance. Elle peut aussi se réaliser sous forme de transfert sous condition résolutoire, la condition n'étant autre, en l'espèce, que l'acquittement de la dette.

Ainsi donc le créancier bénéficiaire du contrat de fiducie exploiterait désormais par lui-même, ou par un mandataire jusqu'au complet remboursement de la dette, le fonds de commerce dont il serait pleinement propriétaire. L'utilisation de cette forme est extrêmement sévère pour le débiteur, à qui elle retire son instrument de travail qu'est le fonds et l'expose, d'autre part, à perdre définitivement, pour un prix souvent minime, la propriété du dit fonds, faute de pouvoir dans un certain délai rembourser la créance.

Autant dire que pratiquement le débiteur se refusera presque toujours à signer un tel pacte, qui ne serait consenti le plus souvent que sous l'empire du dol, de l'erreur, de la violence ou de la fraude.

En admettant d'ailleurs que le débiteur ait consenti bénévolement à transférer ainsi la propriété de son bien, ses créanciers auraient la faculté de s'opposer à cette opération par

suite de l'application en l'espèce de l'article 3 de la loi de 1909, qui exige à deux reprises différentes la publication dans un journal d'annonces légales de l'arrondissement de toute cession de la propriété d'un fonds.

Ainsi donc, en fait, l'emploi de cette forme est pour ainsi dire impossible ; cependant, analysons-la brièvement en suivant l'ordre que nous nous sommes tracé au cours de ce travail pour étudier le gage sans déplacement établi par la loi du 17 mars 1909.

251. Notons tout d'abord que le contrat de fiducie est un contrat réel et unilatéral, qui confère à son bénéficiaire un droit mobilier réel et incorporel sur le fonds de commerce, droit indivisible et accessoire de son droit de créance (c'est ce qui distingue la fiducie de la vente à réméré).

Les règles de capacité qui président à la réalisation du contrat sont les mêmes que celles que nous avons analysées en matière de gage sans déplacement ; quant à son objet, c'est le fonds de commerce avec tous ses éléments, marchandises, matériel, brevets, marques, etc.

Aucune particularité en ce qui concerne les conditions ou forme, aucun écrit n'est nécessaire si le contrat est purement commercial, car l'article 1er de la loi de 1909 ne concerne que la vente et n'exige, d'autre part, d'acte sous seing privé dûment enregistré ou d'acte authentique pour en constater la réalisation qu'en ce qui concerne la conservation du privilège et non pour la validité du transfert. En notre espèce, rappelons simplement les dispositions de l'article 3 de la loi de 1909, qui exige la publication de toute cession par deux insertions à dix jours d'intervalle dans un journal d'annonces légales du ressort du Tribunal de commerce où se trouve le fonds, ou à défaut dans un journal d'annonces légales de l'arrondissement, et signalons en outre la disposition particulière de l'article 24, paragraphe 4, qui stipule expressément le maintien des règles établies par la section IV du titre II de la loi du 5 juillet 1844, pour ce qui est de la cession des brevets d'invention (1).

---

(1) Art. 20, loi du 5 juillet 1844. — Tout breveté pourra céder la totalité ou partie de la propriété de son brevet. La cession, totale ou partielle, ne pourra être faite que par acte notarié et après le paiement de la totalité de la taxe. Aucune cession ne sera valable à l'égard des tiers qu'après avoir été enregistrée au secrétariat de la préfecture du département dans lequel l'acte aura été passé.

Quant aux effets de la fiducie, ils sont, bien entendu, tout à fait différents de ceux du gage ; le fonds de commerce ayant quitté le patrimoine du débiteur pour passer dans celui du prêteur, celui-ci n'aura plus à craindre le concours des autres créanciers du cédant (1) et le moindre détournement de la part de celui-ci ; nous ne trouvons donc plus motif à l'application de la procédure de réalisation : faute de paiement du prix à l'échéance de la dette, la propriété du fonds sera purement et simplement consolidée sur la tête du bénéficiaire du contrat ; et il n'y a rien là de contraire aux dispositions de l'article 2.078, paragraphe 2, du Code civil, qui ne vise que l'hypothèse du gage et interdit simplement le pacte commissoire, c'est-à-dire le transfert de propriété sous condition suspensive.

Nous ne nions pas que le transfert sous condition résolutoire soit économiquement aussi dangereux que le transfert sous condition suspensive, le débiteur gardant la vaine espérance de dégager son fonds et de réintégrer la propriété de celui-ci, et que la différence théorique entre la fiducie et le transfert sous condition suspensive n'empêche pas que celle-la soit un instrument de spoliation et un commode palliatif à l'usure ; mais en droit, aucun texte ne l'interdit et rien ne permet à la jurisprudence, sauf constatation de dol, fraude, erreur ou violence, d'en empêcher la réalisation, puisque, en vertu de l'article 1.134, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (2).

252. Ainsi durant l'époque qui précédera le remboursement de la dette, le créancier jouira en véritable propriétaire du fonds de commerce qui lui a été donné comme sûreté de sa créance ; mais sur quelles bases et dans quelles conditions s'en opérera le retransfert lorsque le débiteur se sera libéré ? Le créancier rendra les fonds envisagés comme centre de clientèle dans l'état où il se trouvera à cette époque ; il n'aura droit à aucune indemnité pour la plus-value qu'il aura donnée au

(1) Sauf, bien entendu, exercice de leur droit de suite s'ils sont privilégiés.

(2) Il ne semble nullement, en effet, que la fiducie tombe sous le coup de l'application de l'article 6 du Code civil, qui prescrit que l'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs. Rappelons, en effet, qu'en matière commerciale, aucune limitation n'est apportée légalement à la fixation du taux de l'intérêt.

fonds ; par contre, il ne sera tenu d'aucune indemnité pour la dépréciation que celui-ci pourra avoir subie, à moins que la dite dépréciation ne soit la conséquence d'une faute qui lui soit imputable (il en serait ainsi, par exemple, s'il avait laissé périmer un brevet d'invention). Il restitue donc tous les éléments corporels et incorporels du fonds qui lui avaient été transférés. Mais que décider pour les marchandises qui, évidemment, ne sont plus demeurées en nature dans le fonds et qui, suivant les cas, constitueront un approvisionnement plus considérable ou moins considérable que celui qui existait lors de la conclusion du contrat de fiducie ?

Théoriquement, il est indéniable que le créancier est tenu de rétransférer sans indemnité toutes les marchandises existant lors du remboursement de la créance : c'est le fonds de commerce universalité *sui generis* qui a fait l'objet du contrat, c'est le fonds de commerce qui doit être retransféré tel qu'il se compose à cette époque, que son matériel ait été ou non renouvelé, que ses stocks de marchandises aient été développés ou bien, au contraire, diminués. Mais, en pratique, remarquons bien qu'accessoirement au contrat de fiducie il sera conclu un pacte spécial qui obligera le créancier à ne rembourser le matériel et les marchandises que jusqu'à concurrence de la valeur que possédaient ces éléments lors du transfert du fonds, et qui stipulera que l'excédent ou le déficit en valeur, qui sera constaté lors du dit remboursement, se réglera en argent, étant bien entendu que le supplément de créance causé par le développement du fonds ne saurait aucunement reculer le transfert de celui-ci après acquittement de la dette principale.

Mais le créancier titulaire de la propriété sur le fonds aura pu valablement constituer des droits réels sur son bien ; que devra-t-on décider, quant à eux, lors du retransfert du fonds du débiteur après l'acquittement de sa dette ? De deux choses l'une, ou le transfert aura été consenti avec promesse de rendre, et les droits réels frapperont toujours le fonds, le créancier étant simplement tenu vis-à-vis du débiteur au paiement de dommages-intérêts ; ou bien le transfert aura été consenti sous condition résolutoire et les droits réels tomberont lors du remboursement de la dette ; en effet, le paragraphe 5 de l'article 2 de la loi de 1909 ne s'appliquera pas en l'espèce, fiducie n'est

pas vente, et le débiteur n'aura nullement à notifier aux créanciers son intention d'exiger la dite résolution.

Telle est donc très brièvement, très sommairement analysée la forme de la fiducie appliquée au fonds de commerce. Encore une fois, elle est tellement dure pour le débiteur, tellement désavantageuse pour ses propres créanciers, qu'elle ne se trouvera pour ainsi dire jamais employée. On la rencontrera cependant quelquefois dissimulée sous la forme d'une vente à réméré ; mais presque toujours la jurisprudence devra annuler le contrat qui, ainsi que nous l'avons vu, se trouvera vicié par le dol, la violence, l'erreur ou la fraude qui seuls peuvent expliquer le consentement du débiteur à ces conditions draconiennes.

Fiducie avec clause de précaire.

253. Remarquons immédiatement que l'emploi de cette forme est plus trompeuse encore que celui de la fiducie pure et simple. En effet, dans la fiducie avec clause de précaire, après s'être fait transférer la propriété du fonds, le créancier retransfère immédiatement la détention de celui-ci à son propre cédant qui, gardant ainsi la possibilité d'assurer l'exploitation de son bien, espère pouvoir plus facilement rembourser celui qui en est devenu propriétaire et recouvrer ainsi la puissance qu'il a aliénée comme sûreté de sa dette.

Ici encore, le transfert de propriété sera publié conformément aux exigences de l'article 3 de la loi de 1909, et de l'article 24, paragraphe 4 ; nous n'avons rien à ajouter en ce qui concerne les règles de capacité et les conditions générales du contrat à ce que nous avons dit dans la section précédente ; aucune difficulté ne s'élèvera quand le débiteur remboursera sa dette, il conservera alors purement et simplement le fonds qu'il détient, mais au contraire le problème que nous examinions précédemment dans cette hypothèse se posera dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire quand, faute par le débiteur de payer sa dette, le créancier revendiquera son bien. Sur quoi portera alors la revendication? Dans cette espèce, comme dans celle du gage sans déplacement, le droit réel du créancier porte sur une universalité *sui generis* vivante et mouvante ; c'est cette universalité que revendique le créancier ; son droit de propriété portera sur tout le matériel, toutes les machineries qui, lors de la revendication, servaient à assurer l'exploi-

tation du fonds, que ce matériel ou ces machineries soient ou non les mêmes que celles qui composaient le fonds lors de la conclusion du contrat de fiducie, qu'elles soient plus nombreuses, qu'elles soient moins nombreuses, qu'elles aient plus ou moins de valeur, peu importe, puisque ce ne sont pas elles qui, à proprement parler, font l'objet de la revendication, mais seulement le fonds qui les englobe, fond qui, à raison de sa qualité d'universalité, est toujours resté semblable à lui-même malgré les modifications que subissaient ses éléments composants. Par suite, si le débiteur était tombé en faillite, l'article 575 du Code de commerce n'interdirait nullement au créancier de revendiquer les marchandises du fonds sous prétexte qu'elles ne sont plus restées en nature dans le patrimoine du débiteur ; car, ce ne sont pas les marchandises qui sont réclamées, c'est le fonds qui les comprend, fonds qui rentre évidemment dans les biens qui, aux termes de l'article 575, peuvent toujours être revendiqués en cas de faillite du détenteur.

Le même raisonnement s'appliquerait d'ailleurs si une convention spéciale, lors du contrat de fiducie, avait limité la possibilité de revendication aux marchandises et au matériel représentant la même valeur que ceux qui existaient lors du transfert initial ; en cette hypothèse, en vertu d'un phénomène de subrogation réelle, les marchandises nouvelles prendraient immédiatement la qualité de marchandises anciennes et deviendraient donc comme dans le cas précédent propriété du créancier titulaire de la puissance sur le fonds.

Ainsi, grâce à l'emploi de cette forme, l'inconvénient de l'article 9 de la loi de 1909 se trouverait évité. Mais ici encore, les tiers pourraient valablement s'opposer à l'exécution du contrat par suite de la publication de la cession, conformément aux exigences de l'article 3 de la loi de 1909.

254. Ajoutons d'ailleurs, comme nous l'avons déjà fait observer, que la jurisprudence ne semble pas admettre actuellement la validité de cette forme, sous prétexte qu'elle procède toujours du dol ou de la fraude, ou qu'elle déguise des spéculations usuraires (1). Nous ne pouvons nier, en effet, qu'elle

(1) Nancy, 3 mai 1767. D. 67. 2. 95. — Requête, 11 mars 1879. S. 80. 1. 53. — Civile cassation, 9 juillet 1877. S. 79. 1. 37. — Paris, 18 avril 1889. D. 90. 2. 343. — Grenoble, 13 novembre 1891. D. 92. 2. 310.
Sic. — Guillouard. — Nantissement n° 33 — Aubry et Rau, IV, § 432,

soit un instrument de spoliation et, en fait, nous approuvons complètement la décision de la jurisprudence qui cependant, avouons-le, ne trouve légalement aucune base dans les textes positif actuels. Il nous semble que, en cette matière, l'intervention du législateur s'impose, soit pour interdire complètement l'emploi de cette forme technique comme il interdit l'emploi de l'hypothèque mobilière, soit tout au moins pour limiter le droit de propriété du créancier bénéficiaire du contrat de fiducie aux éléments incorporels du fonds, laissant alors aux autres créanciers le droit de gage général sur les marchandises comme on décide si heureusement l'article 9 de la loi de 1909 en matière de gage sans déplacement.

Gage.

255. Ainsi, la fiducie pure et simple n'est jamais employée en fait parce que le débiteur ne peut accepter ses conditions draconiennes ; la fiducie avec clause de précaire ne semble pas devoir être acceptée par la jurisprudence ; reste alors comme forme de sûreté autorisée par la loi, le gage pur et simple, c'est-à-dire le transfert immédiat de la possession-détention de la chose avec promesse de rendre lors du remboursement de la dette.

Certes, l'emploi de cette forme prive le débiteur de son instrument de travail, mais elle lui garantit, par contre, que faute de l'exécution de ses obligations, son bien sera réalisé avec toutes les garanties nécessaires et sera adjugé à un prix raisonnable qui sera fixé conformément à la procédure instituée par la loi de 1909, par le Tribunal de commerce, dont il ne peut suspecter l'impartialité.

En principe, le créancier gagiste n'a pas la jouissance de la chose dont il reçoit la possession, il ne peut s'en servir pour son usage personnel, et s'il le faisait, il commettrait ce que les Romains appelaient une *furtum usus* qui, s'il n'est pas assimilé par notre Code à un délit pénal, n'en donnerait

---

en note. — Brunschvig, — Du contrat prignoratif, thèse Paris, 1901. *Contra.* — Troplong. — Nantissement n[os] 204 et 307. — Dufour. — Note sous cassation, 9 juillet 1877. S. 79. 1. 371. — Rappelons, en outre, que cette forme est parfaitement admise en Alsace-Lorraine, où elle constitue la *Sicherungskauf*.

pas moins lieu, le cas échéant, à l'exercice d'une action en dommages-intérêts en application de l'article 1.382 du Code civil et au remboursement anticipé du gage (art. 2.082). Mais une convention spéciale peut toujours être annexée au contrat en vue de permettre au créancier d'utiliser le gage et, remarquons qu'en notre espèce, il en sera le plus souvent ainsi.

Avant, comme depuis 1898, la jurisprudence reconnut la parfaite validité de l'utilisation de la forme technique du gage avec déplacement quand un commerçant voulait utiliser son fonds comme moyen de crédit ; par un arrêt du 11 novembre 1862 (rapporté par Pouillet, *Traité des marques*. 3e édition, n° 90) la Cour de Paris en reconnut, la première, la parfaite régularité et le Tribunal de commerce de la dite ville, le 9 juin 1902 (D. 1908. 2. 257), admit lui-même avec juste raison que la convention par laquelle un débiteur qui a donné en gage son fonds de commerce constitue un séquestre, tiers détenteur du fonds, n'a rien de contraire à l'ordre public et se trouve absolument valable.

En effet, aucune difficulté ne peut se présenter quand le tiers détenteur ou le gagiste n'exploitent pas le fonds ; le gage est alors semblable à un gage ordinaire et si, économiquement, créancier et débiteur ont tort de laisser inexploité un bien qui perd de la sorte la plus grande partie de sa valeur, c'est là une question secondaire qui ne peut nullement influer sur la validité du contrat.

Au contraire, le gage accompagné d'une autorisation d'exploitation sera susceptible d'être utilisé beaucoup plus utilement ; certes, encore une fois, lors de l'échéance de la dette, faute de paiement du prix, le créancier ne deviendra nullement de plein droit propriétaire du fonds, il ne pourra même pas se faire attribuer en justice le fonds de commerce en paiement de sa créance, l'article 8 de la loi de 1909 s'applique aussi bien en l'espèce qu'en matière du gage sans déplacement, puisque les raisons qui en ont suscité la naissance se retrouvent aussi bien ici que dans l'hypothèse visée par la loi de 1909, mais si le créancier gagiste doit utiliser la procédure des articles 15 et suivants pour obtenir la réalisation de son fonds, il gardera en attendant son droit de détention sur tous les éléments de celui-ci, droit de détention qui lui permettra d'invoquer le bénéfice de l'article 2.082, paragraphe 2 du Code

civil s'il consent à son débiteur une autre avance, postérieurement à la constitution du gage.

Si le créancier gagiste reçoit le droit d'exploiter le fonds, il utilisera celui-ci comme il utiliserait un instrument quelconque, il sera lui-même titulaire des créances et des dettes auxquelles pourra donner lieu l'exploitation du fonds, il ne sera nullement le mandataire de son débiteur ainsi que semblait le croire le Tribunal de commerce de la Seine dans un jugement en date du 18 janvier 1896 qui, sous ce prétexte, refusait de reconnaître la vallidité du gage (S. 1897. 2. 82. note Wahl (1).

256. Etudions donc rapidement les différentes particularités de cette forme technique en suivant ici encore le même ordre que nous nous sommes tracé quand nous avons étudié le gage sans déplacement.

Le gage pur et simple est un contrat réel qui, lui-même, procure au créancier nanti un droit réel sur le fonds, droit indivisible et accessoire du droit de créance garanti. Les conditions de validité du contrat dans la personne du constituant ou du créancier sont les mêmes qu'en ce qui concerne le gage sans déplacement ; mais, notons cependant, que le créancier ne pourra exploiter par lui-même le fonds que s'il possède la capacité de commercer, capacité que ne détient pas le mineur

---

(1) « En effet, prétendait le Tribunal de commerce, d'une part le créancier gagiste ne peut gérer le fonds de commerce pour son compte, c'est-à-dire être titulaire des créances et des dettes, car ce faisant il ferait acte de propriétaire du fonds alors que réellement il n'en a que la possession ; d'autre part, il ne peut gérer aux risques et périls de son débiteur sans être mandataire de celui-ci, ce qui, par suite, rendrait fictif le dessaisissement. Il en résulterait donc, si l'on admettait le gage du fonds, que l'on arriverait à cette solution incompréhensible d'un fonds appartenant à un titulaire irresponsable, et administré par un gérant irresponsable lui-même, ce qui, bien entendu, est impossible et tombe directement sous le coup de l'article 1.172 ».

En réalité, ce raisonnement pêche par la base ; en effet, on peut très bien admettre que le créancier gagiste, sur autorisation spéciale, puisse exploiter le fonds de commerce pour son compte et contracte personnellement des dettes ou des créances en raison de cette exploitation, comme pourrait fort bien en contracter le créancier gagiste qui aurait reçu l'autorisation de se servir d'une voiture automobile laissée en gage et qui, pour la faire marcher, achèterait de l'essence ou de l'huile. Par suite, si on peut dire que, dans cette hypothèse, le fonds soit la propriété d'un tiers irresponsable, on ne peut pas prétendre qu'il soit administré par un gérant irresponsable lui-même ; le créancier gagiste, au contraire, répond personnellement de ses actes ; les conditions d'application de l'article 1.172 ne se réalisent nullement en l'espèce.

non émancipé, même par l'intermédiaire du tuteur. Quant à l'objet du gage, c'est le fonds de commerce avec tous ses éléments, matériel, marchandises, clientèle, etc., les restrictions de l'article 9 de la loi de 1909 ne s'appliquent pas en notre espèce. Bien entendu, si le gage est strictement commercial, aucune condition de forme ne peut être exigée, aucune autre publicité que le dessaisissement ne peut être requise, l'article 10 de la loi de 1909 ne concerne que le gage sans déplacement, le gagiste pur et simple n'a nullement besoin d'inscrire son gage sur le registre du Tribunal de commerce de la situation du fonds pas plus que le propriétaire d'un hôtel qui donnerait réellement son matériel en gage devrait publier son contrat conformément aux exigences de l'article 3 de la loi du 8 août 1913.

Les effets du gage pur et simple sont analogues à ceux du gage sans déplacement, ils autorisent le créancier gagiste à réaliser le fonds à l'échéance de la dette et à se faire payer par préférence sur son prix ; encore une fois, les dispositions des articles 9, 15 et suivants de la loi de 1909, s'appliquent en notre espèce pour tout ce qui concerne les formalités de réalisation du fonds.

Le fonds étant passé entre les mains du créancier, nous n'aurons pas l'occasion, comme dans le gage sans déplacement, de rencontrer véritablement l'exercice au droit de suite, le créancier gagiste doté du droit de détention refusera simplement de se dessaisir du fonds avant que sa créance n'ait été acquittée (1).

Quant au droit de préférence, il s'exercera réellement lors de la réalisation du fonds, mais les conflits seront beaucoup moins nombreux dans l'hypothèse actuelle que dans celle de la loi de 1909, puisque, dès l'instant de la constitution du gage, l'emprunteur en aura perdu la détention, la faculté d'exploitation, ce qui supprimera toute possiblité de conflit avec le créancier gagiste d'un élément isolé au fonds de commerce, avec le voiturier, le réparateur ou le vendeur du matériel, lorsque le gage, le transport, la réparation ou la vente seront

(1) Dans l'hypothèse du gage, c'est bien l'article 401 du Code pénal qui se trouverait désormais applicable si le débiteur détournait, détruisait, tentait de détruire ou détourner tout ou partie du fonds donné en gage (détournement de clientèle, par exemple).

postérieurs au nantissement du fonds. Dans les autres hypothèses, nous appliquerons en notre espèce, les solutions que nous avons données en matière de gage sans déplacement, puisque, dans l'une et l'autre forme, l'article 2.279 s'applique, et justifie les dites solutions.

Faute du remboursement de la dette à l'époque déterminée par le contrat, le créancier demandera la réalisation du fonds ainsi que tout autre créancier privilégié en aurait le pouvoir. Et notons bien que l'adjudication portera non seulement sur les éléments existant lors de la constitution du gage, mais sur tous ceux qui, à l'époque de la réalisation, composeront le fonds, le matériel eut-il été complété et les stocks de marchandises développés ; car, remarquons le de nouveau, le privilège du créancier inscrit porte non sur telle machine, tel droit au bail, mais sur le fonds universalité *sui generis* qui se renouvelle, se transforme au fur et à mesure de son exploitation. Mais supposons que le débiteur puisse rembourser sa dette, pourra-t-il revendiquer la propriété des machines ou des marchandises introduites dans le fonds depuis le contrat de gage en supplément des machines ou des stocks qui s'y trouvaient alors? Non, car lors de la conclusion de tout contrat de gage, l'estimation des éléments corporels aura été soigneusement effectuée et il aura été stipulé que les marchandises et le matériel ne seront restitués que jusqu'à concurrence de cette valeur. Cette convention parfaitement valable entre les parties, ne sera pas opposable aux créanciers antérieurement inscrits sur le fonds, mais son exécution s'imposera au débiteur revendiquant son bien, débiteur qui ne pourra donc répéter que les marchandises et le matériel qui auront été réellement subrogés aux marchandises et au matériel qui composaient le fonds lors de la constitution du gage. Cette convention accessoire au contrat de gage est tout à fait légitime, on ne comprendrait pas, en effet, que sous prétexte que c'est le fonds universalité qui a été nanti, le débiteur puisse revendiquer la propriété de plus de biens qu'il n'en a confiés à son créancier ou que celui-ci, après avoir dissipé une partie des éléments corporels du fonds, puisse se considérer comme étant entièrement libéré par le remboursement du reliquat des divers éléments composants. Il n'y a dans cette solution, aucune contradiction avec celle que nous avons donnée en matière de gage sans détention ; dans cette dernière hypo-

thèse, on ne fait aucune estimation du fonds au moment de la conclusion du contrat, c'est l'ensemble universalité *sui generis* qui fait l'objet du gage, c'est l'ensemble dans sa consistance actuelle qui doit faire l'objet de la réalisation sans que l'on ait à se préoccuper de savoir si ses éléments sont plus ou moins précieux qu'ils ne l'étaient lors de la conclusion du contrat (1).

257. Nous ne nions d'ailleurs pas que ces différentes formes fiducies et gage, ne présentent au point de vue juridique bien des difficultés que notre très court exposé permet suffisamment d'entrevoir ; mais il nous semble inutile d'en exposer en détail toute la complexité car, encore une fois, ces modes de sûreté ne sont pour ainsi dire jamais utilisés en pratique, puisque d'une part la jurisprudence interdit la réalisation de la fiducie avec clause de précaire et puisque d'autre part le débiteur ne consent pour ainsi dire jamais à renoncer à l'exploitation personnelle de son fonds qui constitue son unique instrument de travail et que le créancier enfin est presque toujours incompétent pour assurer lui-même ladite exploitation qui seule peut maintenir la valeur de son gage.

Conclusion.

258. Ainsi donc, seule la forme adoptée par la loi de 1909 est réellement utilisée en pratique, elle constitue sans aucun doute le mode le plus perfectionné des sûretés qu'un propriétaire de fonds de commerce puisse se constituer de son bien et on ne peut que féliciter le législateur d'en avoir eu instinctivement la conception, alors qu'il aurait été si facile pour lui de se contenter d'étendre en la matière, l'emploi de l'hypothèque qui, ainsi que nous l'avons bien des fois constaté, eut été beaucoup moins précieuse au créancier nanti, puisqu'elle n'aurait jamais permis à celui-ci d'invoquer le bénéfice de l'article 2.279 du Code civil ainsi qu'il le peut cependant aujourd'hui.

Certes, la loi de 1909 n'est cependant pas parfaite, loin de là ; nous aimerions que la loi prochaine qui doit remplacer dans toutes ses dispositions la loi actuellement en application,

---

(1) Bien entendu, dans l'hypothèse du gage pur et simple, le créancier gagiste ne peut nullement invoquer le bénéfice de l'article 2 (parag. 4 et 5, de la loi de 1909.

soit précédée d'une introduction au cours de laquelle seraient législativement déterminées la nature juridique du fonds de commerce, et la nature de la forme technique adoptée par le législateur pour utiliser le fonds comme moyen de crédit. Ainsi la jurisprudence, chargée d'interpréter la loi et de suppléer à ses dispositions incomplètes, pourrait suivre une direction unique et l'on ne constaterait plus comme aujourd'hui des décisions contradictoires émanant des mêmes tribunaux, qui admettent dans certaines hypothèses que le fonds constitue une universalité *sui generis* et dans d'autres une universalité de fait (compétence notariale et compétence des commissaires-priseurs), qui admettent parfois que la forme adoptée par le législateur est un gage (gage de fonds de commerce à venir, conflit du gagiste avec le vendeur de matériel, etc.), et d'autres fois que cette forme de sûreté n'est autre qu'une hypothèque mobilière (conflit avec le créancier hypothécaire).

Nous avons eu l'occasion, au cours de ce travail, d'apprécier les différentes réformes prévues par le nouveau projet Cordelet, nous ne voulons donc pas insister plus longuement sur celui-ci dont la clarté et l'esprit de méthode ne constituent certainement pas le principal mérite.

Cependant, rappelons qu'il organise utilement la procédure de distribution du prix en étendant en cette matière la compétence du Tribunal de commerce, qu'il protège heureusement le vendeur de matériel à crédit et réforme avec raison certaines décisions fâcheuses de la jurisprudence ; par contre, il contient lui aussi des dispositions que nous ne pouvons approuver, notamment en ce qui concerne la limitation du privilège du gagiste aux succursales, brevets, marques, dessins, modèles existant lors de la conclusion du contrat ; en ce qui concerne les conflits susceptibles de s'élever entre le créancier gagiste et le bailleur d'immeuble ou le créancier hypothécaire, relativement à la distribution du prix du matériel abrité dans le local servant à l'exploitation du fonds, etc.

Nous croyons d'autre part, qu'il serait nécessaire qu'il organisât relativement au fonds un registre de publicité dans lequel seraient rassemblés tous les renseignements susceptibles d'éclairer le tiers, relativement aux opérations juridiques dont le fonds de commerce ou ses éléments composants ont pu être isolément l'objet, souhaitant en l'espèce qu'il subordonne vis-

à-vis des tiers la validité desdites opérations à leur publication dans ce registre central.

Cependant, malgré toutes les défectuosités de la législation actuelle, le gage du fonds de commerce s'est assez bien développé surtout dans les corporations de l'alimentation : corporations des débitants, hôteliers, restaurateurs, épiciers, boulangers, etc. (voir à ce sujet la statistique reproduite à la fin du rapport Cordelet de 1914 D. P. S. n° 336).

Il est certain que son utilisation comme moyen de crédit est appelé à prendre de jour en jour une plus grande extension. Si l'on prend la précaution d'adjoindre au contrat de gage une convention particulière étendant en l'espèce l'application de l'article 2.131 du Code civil et si l'on se fait consentir accessoirement les pouvoirs nécessaires pour vérifier périodiquement la consistance du gage, cette forme de sûreté devient extrêmement précieuse et peut garantir d'une façon vraiment efficace le remboursement de la créance dont elle est l'accessoire.

Il serait malgré tout nécessaire qu'une loi claire, précise, concise, intervienne rapidement afin de stabiliser et diriger la jurisprudence en cette matière et de vulgariser l'emploi de cette garantie que trop de commerçants ignorent encore ou ne peuvent comprendre, par suite de la trop grande obscurité des textes qui l'établissent et le défaut d'unité des jugements qui l'appliquent.

Vu :
Le Doyen,
Nancy, le 20 octobre 1920,
Fr. Geny.

Vu :
Le président de la thèse :
Nancy, le 20 octobre 1920,
Fr. Geny.

Vu et permis d'imprimer :
Nancy, le 25 octobre 1920,
Le Recteur,
Ch. Adam,
Membre de l'Institut.

BIBLIOGRAPHIE

I. — DOCUMENTS PARLEMENTAIRES

Chambre des Députés.

1893 (n° 2716) ; 1895 (n° 1324) ; 1908 (n° 1601) ; 1909 (n° 2267) ; 1918 (n° 4729) ; 1919 (n° 6682).

Sénat.

1905 (nos 73 et 161) ; 1907 (nos 14 et 313) ; 1909 (nos 25 et 34) ; 1912 (nos 346 et 351) ; 1914 (n° 336) ; 1917 (n° 244).

Débats parlementaires — *Sénat :* 1907, séances des 16, 23 et 24 mai ; 1908, séances des 6 et 13 mars ; 1909, séance du 2 mars ; 1918, séance du 31 mai.

— *Chambre :* 1909, 8 février.

II. — OUVRAGES GÉNÉRAUX

Percerou. — Rapport sur le projet de loi et le nantissement des fonds de commerce. — Bulletin de la Société d'études législatives, année 1903, pages 218 et suiv.

Boutaud et Chabrol. — Traité général des fonds de commerce.

Moutier et Faucon. — Vente et nantissement des fonds de commerce.

Magnier et Pruvost. — Nantissement des fonds de commerce.

Thibault. — Vente et nantissement des fonds de commerce.

Depinay. — Application au notariat de la loi du 17 mars et du 1er avril 1909.

III. — THÈSES

Catalan. — De la condition juridique du fonds de commerce, Paris, 1899.

Gombeaux. — Notion juridique du fonds de commerce, Caen, 1901.

Gallard. — Hypothèque mobilière sur le fonds de commerce, Paris, 1901-1902.

Vautrin. — Le crédit et le nantissement des fonds de commerce, Paris, 1907.

Cornulier-Lucinière. — Du nantissement des fonds de commerce, Nancy, 1909-1910.

Fialon. — Du nantissement des fonds de commerce, Bordeaux, 1909-1910.

NANCY, IMPRIMERIE A. COLIN, 11, RUE DES QUATRE-ÉGLISES.

NANCY, IMPRIMERIE A. COLIN, 11, RUE DES QUATRE-ÉGLISES.